



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

COORDINACIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Maestría en Política Criminal

**“ANÁLISIS GARANTISTA
DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN MÉXICO.”**

T E S I S

Que para obtener el Grado de

Maestra en Política Criminal

presenta

Miriam Karina Escartín Herrera

Asesoría del Doctor José Rodrigo Roque Díaz.



Estado de México.

Enero de 2009.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

“Para que una pena sea justa sólo debe tener los justos grados de intensidad que basten para apartar del delito a los hombres.”

Beccaria

CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.	9
CAPÍTULO 1.	
CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PENA DE PRISIÓN.	21
1.1. El papel contemporáneo de la pena.	21
1.2. El concepto jurídico de "Pena".	25
1.3. La previsión legal de las penas.	28
1.4. Análisis de diversos planteamientos en materia de la pena de prisión.	31
CAPÍTULO 2.	
LA TEORÍA GENERAL DEL GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI.	51
2.1. Teoría General del Garantismo Penal.	51
2.1.1. El Estado de Derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación.	54
2.1.2. Teoría del Derecho y crítica del Derecho.	57
2.1.3. Filosofía del Derecho y crítica de la política.	60
2.2. Presupuestos de la Teoría General del Garantismo.	62
2.3. Sistema axiomático propuesto por Ferrajoli.	64
2.4. Rasgos epistemológicos sustantivos del Garantismo Penal.	66
2.4.1. Tesis metodológica del Garantismo.	66
2.4.2. Ser y deber ser del Derecho. La Filosofía Política y el Modelo de Derecho.	68

2.4.2.1. La separación entre derecho y moral y la fundamentación heteropoyética del Estado y del Derecho.	69
2.4.2.2. La doctrina de Filosofía Política del Garantismo: la concepción instrumental del Estado.	70
2.4.2.3. El modelo de Derecho del Garantismo.	71
2.4.3. Ser y deber ser en el Derecho. La teoría jurídica y el modelo de Política.	72
2.4.3.1. La teoría jurídica de la validez.	74
2.4.3.2. El modelo de la Política.	75
CAPÍTULO 3.	
MARCO NORMATIVO, FORMAL E INFORMAL, DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN MÉXICO.	79
3.1. Aclaraciones por la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.	79
3.2. Previsiones Constitucionales.	83
3.3. Previsiones Internacionales.	90
3.3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.	90
3.3.2. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.	91
3.3.3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.	93
3.3.4. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas.	94
3.3.5. Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros.	95
3.3.6. Tratados en materia de ejecución penal.	96
3.4. Derivaciones Ejecutivas de la Pena de Prisión en México.	98

3.5. Previsiones Legales en Materia de Ejecución Penal.	100
3.5.1. Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.	100
3.5.2. Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal.	105
3.6. Unidades Administrativas Competentes.	107
3.7. Reglamentos de los Centros de Reclusión en México.	109
3.8. Previsiones de observancia interna no establecidas jurídicamente.	114
CAPÍTULO 4.	
REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL MODELO GARANTISTA EN EL RÉGIMEN PENITENCIARIO.	123
4.1. El Encierro como Situación Jurídica Generadora de Derechos para el Reo.	123
4.1.1. Derechos que protegen la persona del reo.	126
4.1.2. Derechos que amparan la situación jurídica del reo.	130
4.1.3. Derechos de que son titulares los reos en virtud de la situación de encierro.	131
4.2. Elementos de la Readaptación Social.	135
4.2.1. La educación.	135
4.2.2. El trabajo.	139
4.2.3. Capacitación para el Trabajo.	142
4.2.4. Salud y Deporte.	143
4.3. Situaciones de Beneficio para el Reo Susceptibles de Considerarse como un Derecho.	145
4.3.1. La Comunicación con el Exterior.	146
4.3.2. La Correspondencia.	147

4.3.3.	La Interacción con las Instancias Administrativas.	148
4.4.	Reflexiones sobre los Efectos Antiguarantistas de la Contradicción " <i>Práctica Administrativa vs. Norma Jurídica</i> ".	149
CONCLUSIONES.		155
BIBLIOGRAFÍA Y OBRAS DE REFERENCIA		165

INTRODUCCIÓN

El sistema penitenciario en México es una de las instituciones del Poder Ejecutivo, tanto en el ámbito federal como en el local, con menos transparencia en lo que a funcionamiento institucional se refiere; de hecho, existe una fuerte impresión en la opinión pública en cuanto a que dicho sistema opera sin observar el marco legal correspondiente.

Esa inobservancia contribuye en la práctica a la generación y conservación de problemas penitenciarios graves tales como la sobrepoblación, la deshonestidad y corrupción de los servidores públicos que tienen a su cargo el mencionado sistema, la violación a los derechos mínimos de los internos, así como la falta de cumplimiento en los objetivos sociales y jurídicos que pueden atribuirse a las instituciones públicas ejecutoras, principalmente en la readaptación o reinserción, según se quiera adoptar el término, de los individuos que por sentencia condenatoria o prisión preventiva se encuentran privados de su libertad.

La gravedad de esos problemas rebasa incluso la opinión de la población en general y, consecuentemente, se hace materia de consideraciones teóricas y doctrinarias del Derecho Penal. En este sentido, algunos de los aspectos de la problemática mencionada, han sido comentados por Luis Fernando Roldán Quiñones y M. Alejandro Hernández Bringas, quienes en la obra *Reforma Penitenciaria Integral. El Paradigma*

*Mexicano*¹, sostienen que las prisiones son centros neurálgicos de violación de los derechos humanos en México, y que la explicación de dicha situación se encuentra en la mentalidad vindicativa del carcelero, que se traduce en una actitud represiva y denegativa de los derechos fundamentales de la población interna. Los mismos autores comentan que las cárceles mexicanas no son centros de readaptación social, sino que son sitios en los cuales se aprende a odiar la legalidad establecida y a sus autoridades, a las instituciones y, en general, a los valores socialmente aceptados.

La génesis de esa problemática no radica en elementos estrictamente externos a los centros penitenciarios, sino que se constituye como un conjunto de causas y efectos, estrechamente vinculados, a la manera de un círculo vicioso de operación entre el orden jurídico, las autoridades penitenciarias y los propios internos. Como ejemplo, podemos citar los efectos de la sobrepoblación penitenciaria que se abordan por Luis Paulino Mora Mora, en el libro *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. Respuestas Posibles*², en el que el autor indica que, al hablar de sobrepoblación, se está reconociendo un problema de deterioro social, de infraestructura y muchas veces de mora judicial, cuyos efectos inmediatos generalmente son consecuencias catastróficas desde el punto de vista humano, tales como muertes, motines,

¹ Roldán Quiñones, Luis Fernando y Hernández Bringas, M. Alejandro, *Reforma Penitenciaria Integral. El paradigma Mexicano*, 1ª edición, México, Editorial Porrúa, 1999, pp. 34 y 65.

² Carranza, Elías, coordinador. *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. Respuestas posibles*. Siglo Veintiuno Editores, México, 2001, pág. 58.

suicidios, drogadicción, violencia sexual y enfermedades. Estos problemas penitenciarios que se agravan, además, por el hacinamiento.

Esos efectos nocivos de la operación penitenciaria se trasladan al tejido social en una forma de desprecio por los internos, así como de indiferencia, aún y cuando en ello se lleve la afectación de condiciones mínimas de respeto a la dignidad y calidad humana. Ana Gamboa Trejo señala, en *La pena de Prisión (teoría y prevención)*³, que en la ejecución de la sanción se menoscaba la dignidad humana y se enarbola la bandera de la intolerancia, la arbitrariedad y del desprecio por el prisionero, por lo que se está ante un derecho penal desigual, en donde el preso, además de perder su libertad, pierde su calidad humana para convertirse sólo en una causa penal, es decir en un número de expediente.

Esa misma autora ha mencionado que quien se encuentra privado de su libertad, por lo errático del sistema penitenciario, se despersonaliza, se envilece, y, al recobrar la libertad, arremete nuevamente en contra de la sociedad, convirtiéndose en un reincidente y evidenciando las fallas del sistema penitenciario⁴. Como consecuencia de ello, tenemos un sistema penitenciario que lejos de generar condiciones para la sanción de los delitos, y por ende de desalentar las conductas antisociales, genera en los internos un deseo de venganza contra la sociedad, el orden jurídico y las instituciones del Estado, perpetuando la actividad delictiva.

³ Gamboa de Trejo, Ana. *La Pena de Prisión (teoría y prevención)*, México, Biblioteca Universidad Veracruzana, 2005, pág. 204.

⁴ *Ibidem*, pág. 20.

Citando a Norval Morris, Luis Rodríguez Manzanera, en su obra *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*⁵, refiere que el funcionamiento de la prisión es insatisfactorio y su futuro poco prometedor.

En este contexto cabe recordar los señalamientos que formula Michel Foucault, en *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*⁶, en cuanto a que la prisión, en lo que concierne a su realidad y a sus efectos visibles, ha sido denunciada como el gran fracaso de la justicia penal, en tanto que ésta no disminuye la tasa de criminalidad ni contribuye a erradicarla, sino que, por el contrario, la extiende, multiplica y transforma, por lo que la cantidad de crímenes, y de criminales, se mantiene estable, o lo que es peor, aumenta.

Ese conjunto de fenómenos, jurídicos e institucionales, constituyen el contexto de problemática en el que se planteó la integración de esta investigación.

En el análisis de los contenidos del presente trabajo, se abordan diversos elementos que se encuentran relacionados con la pena de prisión, ya que hoy en día es la de mayor aplicación en gran parte del mundo.

⁵ Rodríguez Manzanera, Luis. *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*. 3^a edición, Porrúa, México, 2004, pág. 2.

⁶ Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*, 34^a edición, Siglo Veintiuno Editores, México, 2005, pág. 269.

Lo anterior, no obstante que su imposición posee repercusiones de gran trascendencia para los miembros de nuestra sociedad, sin olvidar que es la población de los centros de reclusión el principal sujeto impactado por las decisiones del poder público en la materia.

En nuestra opinión, los problemas antes descritos derivan de la ausencia o deficiencia de las herramientas teóricas, así como de modos de pensar analíticos, que cuestionen los hábitos preestablecidos en el desarrollo de las actividades encomendadas al sistema penitenciario, en el cual las autoridades dejan de observar las obligaciones que les son impuestas por la diversa normatividad existente. Sociedad y autoridades públicas hemos olvidado que la obligación de las cárceles no es la de recibir delincuentes, sino que, de conformidad con los ordenamientos jurídicos, deben ser verdaderos centros en los que se haga posible devolver a la sociedad a individuos útiles, capaces de mantenerse lejos de la actividad delictiva.

Dada la amplia bibliografía en el tema, realizar un análisis de la pena de prisión pudiera parecer innecesario. Sin embargo, la presente investigación no parte de la consideración común de explicitar solamente el problema; por el contrario se plantea la factibilidad teórica y práctica para utilizar una herramienta conceptual que consideramos contribuirá a enriquecer el contenido paradigmático de las funciones encomendadas al sistema penitenciario mexicano, misma que nos permitirá modificar las maneras prácticas de abordar los diversos problemas con los cuales se enfrenta dicho sistema: se trata de la Teoría del Garantismo Penal, formulada por Luigi Ferrajoli.

El planteamiento de Luigi Ferrajoli se encuentra expuesto en su obra *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*⁷, que se ocupa de analizar la crisis de los fundamentos del Derecho Penal, sobre la base de hacer explícita la ausencia de correspondencia entre los sistemas normativos que establecen garantías y el funcionamiento práctico de las instituciones que tienen a su cargo las funciones de operar el sistema penal. Esta corriente doctrinal se ha constituido como una herramienta conceptual utilizada para desarrollar sistemas de derecho penal mínimo, reducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales. Es por ello que actualmente el desarrollo del Garantismo Penal, así como sus aplicaciones en los regímenes constitucionales y legales, forma parte sustantiva de las actividades relacionadas con los sistemas penitenciarios en el mundo. En sentido general esta investigación pretende realizar una crítica del sistema penitenciario en México, desde un enfoque sustentado en los planteamientos de la Teoría del Garantismo Penal.

Como punto de partida, y para posibilitar el desarrollo de la investigación, resultó necesario formular las preguntas siguientes: ¿Qué es la pena de prisión?, ¿Qué es el Garantismo Penal y cuáles son sus planteamientos esenciales?, ¿Qué aplicación tiene el Garantismo Penal en el desarrollo de las funciones propias de un Sistema Penitenciario?, ¿Cuál es el estado del sistema penitenciario? y ¿Puede enriquecerse el sistema penitenciario mexicano mediante una aplicación de los planteamientos sustantivos del Garantismo Penal?

⁷ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, 4ª edición, España, Trotta, 2000, 991 pp.

En este sentido, ante los aspectos de legitimidad, validez y vigencia, relacionados con cada elemento del sistema penitenciario en general, es de suma importancia que el régimen constitucional, así como el legal y reglamentario derivado, se encuentre sustentado en principios jurídicos que le den rumbo y contenido. No obstante, debemos mencionar que no basta con que existan ordenamientos jurídicos en los que se consagren diversos derechos para los individuos, sino que resulta indispensable que en los mismos se establezcan instrumentos normativos que aseguren el cumplimiento y respeto de los mismos.

La hipótesis de la que parte esta investigación es la siguiente: *la crisis del sistema penitenciario mexicano, caracterizada por elementos tales como deficiente operación institucional, corrupción de los servidores públicos que lo tienen a su cargo, violación a los derechos de los internos, así como la falta de cumplimiento en lo que a reinserción social se refiere, puede atenderse mediante aplicaciones del Garantismo Penal, como nuevo esquema de sustento teórico, institucional y normativo.*

Para efectos del desarrollo de la investigación se planteó un objetivo general consistente en formular reflexiones críticas respecto del sistema penitenciario mexicano, desde un enfoque sustentado en la Teoría del Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

De ese objetivo general se desprendieron los cuatro objetivos particulares siguientes:

-
1. Analizar el desarrollo y efectos de la pena de prisión en general, reflexionando sobre su naturaleza jurídica en lo relativo a las teorías que se ocupan de ella;
 2. Analizar el contenido de los elementos sustanciales de la Teoría del Garantismo Penal, para posibilitar un marco conceptual mínimo;
 3. Revisar las previsiones normativas constitucionales y legales, que establecen el régimen penitenciario en México, y
 4. Reflexionar sobre las posibilidades de aplicación de elementos garantistas en la reformulación del sistema penitenciario, en su aspecto normativo y de operación práctica.

En esos términos, el desarrollo del presente trabajo se realizó mediante la integración de cuatro capítulos.

En el Capítulo 1 incluimos algunas consideraciones en torno a la pena de prisión. Iniciamos analizando el papel contemporáneo de esa pena, para lo cual fue necesario determinar los elementos conceptuales que la caracterizan en un sistema normativo, atendiendo para tal efecto a las diversas teorías de la pena que existen, siendo estas las teorías absolutas, las relativas y las mixtas.

Posteriormente, se determinó un concepto jurídico mínimo de la "pena", sobre la base de un análisis de diversas definiciones formuladas por autores que abordan el estudio de la pena en general, y de la pena de prisión en particular, a efecto de identificar los aspectos teóricos y doctrinales que constituyen constantes en dichas definiciones.

Asimismo, se abordó lo relativo a la previsión legal de las penas, encontrando que para nuestro país la de prisión se encuentra regulada por el artículo 24 del Código Penal Federal.

Sin embargo y derivado del hecho de que el ordenamiento citado no hace una clara distinción de lo que son las penas y de lo que son las medidas de seguridad, únicamente con la intención de evitar confusiones, se incluyeron algunas características que nos permitieron diferenciar entre unas y otras, aclarando que en el marco de la presente investigación sólo la prisión constituye aquella pena de la cual se ocupó nuestro análisis.

En última instancia se razonaron diversos planteamientos relacionados con la pena de prisión, abordando para este efecto el pensamiento de autores como Raúl Carrancá y Rivas, Luis Rodríguez Manzanera, Luis González Plascencia, entre otros.

En el Capítulo 2 se realiza una revisión sobre los aspectos sustantivos que caracterizan la Teoría del Garantismo Penal. Se analizan los niveles y normas de deslegitimación, así como aquellos presupuestos que delimitan el campo de la teoría.

Asimismo, el capítulo integra reflexiones sobre el conjunto de los axiomas que permiten inferir una gradación de garantismo en los sistemas jurídicos en general, la cual nos proporciona un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, ante la ausencia de principios en la práctica jurisdiccional y administrativa del Estado.

En el Capítulo 3 se analiza el contenido de aquellos ordenamientos jurídicos que contienen aspectos que se vinculan con el sistema penitenciario en México. Como punto de partida se aborda a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la cual, en su artículo 18, establece los rasgos que caracterizan al sistema penitenciario y que, a partir de la reforma de fecha 18 de junio de 2008, consideró como objetivo de la pena de prisión a la *reinserción social*, sustituyendo así el concepto de *readaptación social*, mismo que, a su vez, desde 1965 había sustituido al de regeneración que databa desde 1917⁸. Cabe precisar que el sentido de esta modificación no fue aclarado puntualmente en la reforma, y sólo se planteó como una sustitución de términos, igual que en las reformas anteriores. En todo caso, aún y cuando pudieran existir opiniones que planteen diferencias conceptuales entre uno y otro término, en el contexto de las reformas a la Carta Magna este aspecto no fue presupuesto para la sustitución terminológica. Es por ello que en la presente investigación se continúa haciendo un uso indistinto de ambos términos, puesto que se considera que la variación señalada en el texto constitucional no modificó, sustancialmente, el modo en el cual hoy en día opera lo relativo a la ejecución de las penas privativas de libertad en nuestro país.

Asimismo, se exponen las previsiones internacionales en materia de la pena de prisión, además de sus derivaciones ejecutivas y de aquellos preceptos en materia de ejecución penal, de las unidades

⁸ Véanse los decretos de reformas constitucionales publicados en el Diario Oficial de la Federación de fechas 23 de febrero de 1965, 4 de febrero de 1977, 14 de agosto de 2001, 12 de diciembre de 2005, y 18 de junio de 2008.

administrativas competentes, así como a los reglamentos de los centros de reclusión en nuestro país.

Dentro de ese mismo capítulo se reflexiona sobre la importancia de conocer aquellas previsiones que regulan la conducta de los internos, formuladas y respetadas por ellos mismos, y que si bien no se encuentran sustentadas ni integradas en el sistema jurídico, constituyen normas que son observadas internamente.

En el Capítulo 4, atendiendo al conjunto de derechos y garantías que adquieren los internos por el hecho de estar privados de su libertad, nos referimos a la readaptación social, y a la reinserción social⁹ a que se refiere la reforma constitucional en materia penal de junio de 2008, y se formulan reflexiones que aplican los elementos teóricos que nos proporciona el Garantismo Penal, a efecto de determinar si nuestro sistema de derecho cumple o no con los principios propuestos por dicha teoría.

Finalmente se presentan las conclusiones a las que se llegó como resultado de la presente investigación.

Con este estudio, se procura analizar la pena de prisión con una perspectiva diferente a todas aquellas desde las cuales se habían abordado los distintos problemas que de ella emanan, entre ellos el relativo a la citada readaptación social. Para ello, nos valimos de los planteamientos sustantivos de la Teoría del Garantismo Penal, mismos

⁹ En el sentido terminológico que se señaló en páginas anteriores al hacer referencia a la reformas constitucionales.

que nos permitieron reflexionar sobre un posible rediseño de nuestro sistema penitenciario, así como para la integración de nuevas herramientas metodológicas que permitan un correcto desempeño de las funciones encomendadas a dicho sistema.

Enero de 2009.

Miriam Karina Escartín Herrera

CAPÍTULO 1

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PENA DE PRISIÓN

1.1. El papel contemporáneo de la pena.

En las sociedades contemporáneas es una consideración común reconocer que la vida social de los individuos requiere, necesariamente, de la estabilidad y seguridad que provee el orden jurídico al establecer expectativas de conducta, así como sanciones aplicables en aquellos casos en que se afecten los bienes jurídicamente tutelados.

Es por ello que el concepto de "pena", en el ámbito del Derecho, se encuentra vinculado a la necesidad social de prevenir aquellas conductas establecidas por la ley penal como delitos, además de señalar las formas y mecanismos para sancionar a los individuos que realicen tales conductas. Dado que se trata de una necesidad social, casi todas las personas tienen una idea de lo que constituye una pena y cuáles son los fines que con ésta se persiguen; sin embargo, en el plano jurídico, determinar específicamente cuáles son los elementos conceptuales de la pena depende de aquel planteamiento teórico que se tome como modelo, de entre los diferentes que se han formulado en la materia, y que en el mundo contemporáneo se denominan como Teorías de la Pena.

Así, existen las teorías absolutas, que son todas las doctrinalmente reconocidas como retribucionistas, las cuales conciben a la pena como fin en sí mismo con justificación por su contenido axiológico intrínseco, y cuyo contenido sustantivo es servir de castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito. En este sentido Ferrajoli considera que no son un medio, y menos aun un coste, sino un deber metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento¹.

Emma Mendoza por su parte considera que las teorías absolutas son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que puedan considerarse un medio para fines ulteriores².

En razón de lo anterior, podemos señalar que para las teorías absolutas la pena es sólo una consecuencia directa e inmediata para el individuo cuando éste realiza una conducta considerada por la Ley como delito, y con la cual se pretende retribuir a la sociedad el daño causado por un individuo al infringir la norma.

Son por el contrario teorías relativas todas las doctrinas utilitarias que consideran y justifican a la pena como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos³. Estas teorías tienen como objetivo principal *prevenir* la eventual comisión de las conductas delictivas.

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 6ª edición, España, Editorial Trota, 2004, pág. 253.

² Mendoza Bremauntz, Emma, *Derecho Penitenciario*, México, Editorial Mc Graw Hill, 1998, pág. 43.

³ Ferrajoli, Luigi, *op.cit.*, pág. 253.

Señala Nieves Sanz Mulas⁴, que estas teorías buscan lograr unos fines que estén fuera de la propia pena y, precisamente por ello, se les denomina utilitaristas. Consideran y justifican la pena como un medio que aporta a la sociedad un mecanismo cuya utilidad es la prevención de futuros delitos.

En estas teorías se conciben dos tipos de prevención: la prevención general y la prevención especial, las cuales a su vez se dividen en positivas y negativas.

La prevención general positiva está dirigida a la sociedad, su fin es la prevención de delitos a través de la generación de mayor confianza en el Derecho y en la aplicación de las leyes. Por su parte, la prevención general negativa también se dirige a la sociedad, pero su fin es la prevención de delitos a través de la intimidación general que evite conductas delictivas.

La prevención especial positiva se encuentra dirigida específicamente al delincuente, su fin declarado es la prevención de los delitos mediante el logro de la readaptación o resocialización del individuo, obtenida particularmente a través de la pena de prisión. Por el contrario, la prevención especial negativa no obstante que también se encuentra dirigida al delincuente, tiene como fin declarado la prevención de los

⁴ Sanz Mulas, Nieves. *Alternativas a la Prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, pág. 74.

delitos por medio de la segregación o neutralización del delincuente (cárcel de máxima seguridad) ⁵.

Para abundar en lo anterior podemos destacar lo siguiente:

- a. La función de la prevención general positiva consiste en ejercitar el reconocimiento de la norma;
- b. En la prevención general negativa, el miedo a la imposición de una pena inhibe a los sujetos que quieran realizar una conducta reprochable;
- c. Con la prevención especial positiva, se establece a la resocialización como la función más importante del sistema penitenciario, y
- d. Con la prevención especial negativa únicamente se logra la destrucción del delincuente.

En última instancia señalaremos a las teorías mixtas, las cuales parten en definitiva, de una pena con esencia retributiva, a la que posteriormente le otorgan fines preventivos⁶. En ellas, se presenta una combinación del castigo con el fin, ya que pretenden una justicia absoluta, pero vinculada a una finalidad.

Ya sea en términos preventivos o retributivos, podemos señalar que la importancia social y jurídica de la pena dan a este concepto implicaciones de mecanismo de control, ya que con ella se pretende

⁵ García García, Leticia, *Derecho Ejecutivo Penal. Análisis de la aplicación de la pena en México*, México, Editorial Porrúa, 2005, página 57.

⁶ Sanz Mulas, Nieves, *op.cit.*, pág. 122.

mantener el orden social y restablecer sus condiciones cuando ocurre un quebranto por conductas que lesionan los bienes jurídicamente tutelados.

1.2. El concepto jurídico de "Pena".

En el uso común y corriente del término "Pena" ésta encuentra su definición más simple como un castigo⁷. Sin embargo esta definición corresponde con una concepción no jurídica en la cual no se encuentran contemplados aquellos elementos que se consideran esenciales para su imposición social, en el marco de su relevancia jurídica, ya que omite señalar a quién y por qué se le castiga con la misma, además de que no menciona que será el Estado el encargado de imponerla a través del uso de la violencia legal que detenta.

Abundando en los elementos de Derecho que pueden asociarse al concepto, podemos señalar que la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la Ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente, al individuo que ha cometido un delito⁸.

Debe tenerse en consideración que un bien jurídico también constituye el objeto de protección de las normas penales, contra eventuales acciones de los individuos encaminadas a su lesión o destrucción. Respecto de lo que es un "bien jurídico" podemos señalar que el mismo

⁷ Voz "Pena", *El Pequeño Larousse en color*, España, Ediciones Larousse, 1990, pág. 665.

⁸ Voz "Pena", *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa Calpe, S.A., 2003, pág. 1105.

pertenece al individuo como un derecho fundamental, por lo cual coincidimos con esta definición de pena, pues su aplicación necesariamente implica para su destinatario una privación de alguno o más de los tres derechos que, según Locke, constituyen y justifican la existencia del Estado moderno, siendo éstos la *vida* –negada con la pena de muerte-, la *libertad* –restringida con la pena privativa de ella- y la *propiedad* –sancionada con las multas o penas patrimoniales-.

Por su parte, Francisco Pavón Vasconcelos comenta en su Diccionario de Derecho Penal⁹, que pena es una de las sanciones penales. Asimismo, señala que para algunos juristas la pena constituye el objeto mismo de Derecho Penal, siempre que se considere a la expresión “sanciones penales” en un muy amplio sentido, como aquellos medios con que el Derecho punitivo previene y reprime a la delincuencia.

Respecto de tal definición, debemos considerar que, no obstante que la pena es una de las sanciones penales, con ella por sí misma no se evita ni se modera la comisión de delitos, ya que la existencia de lo que es un delito en la ley penal siempre ha tenido como correlativo fáctico conductas ilícitas y lesivas de bienes jurídicos, lo cual acredita que la pena por sí no cumple con las funciones de prevención y represión a que se hace referencia en la citada definición.

⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, Voz “Pena”, Diccionario de Derecho Penal, 3ª edición, México, Porrúa, 2003, pág. 765.

Juan Manuel Ramírez Delgado¹⁰ define a la pena como el castigo que se deberá imponer al individuo que haya cometido un hecho delictuoso, el cual deberá imponerse en correspondencia con el ilícito cometido conforme a la Ley por una autoridad judicial.

De esta definición hay que resaltar que la pena debe ser entendida como una afectación o sufrimiento, impuesta a un individuo por la autoridad judicial, cuando ésta reconoce en él la responsabilidad de la conducta constitutiva del delito, de conformidad a lo establecido en la ley, previo proceso. Asimismo, plantea la existencia de proporcionalidad entre el delito cometido y el castigo que se imponga.

El mismo Juan Manuel Ramírez Delgado¹¹, citando a Carrara menciona que para éste:

“La pena es de todas suertes un mal que se inflinge al delincuente; es un castigo, atiende a la moralidad del acto, al igual que el delito; la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas; su fin, es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia.

Para que sea consecuente con su fin, la pena ha de ser eficaz, aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública y de tal naturaleza, que no pervierta al reo; y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable”.

En tal definición se considera que es jurídicamente cuestionable involucrar lo moral como un elemento vinculado al acto sancionado por

¹⁰ Ramírez Delgado, Juan Manuel, *Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad*. Editorial Porrúa, 4ª edición, México, 2002, pág. 36.

¹¹ *Ídem*.

el orden jurídico, ya que ella pertenece al ámbito de la conciencia personal. En este sentido, la pena no podría atender a la moralidad del individuo que realiza el acto, sino que debe en todo caso guardar correspondencia a la contravención de lo establecido en una norma jurídica de manera objetiva. En caso contrario, el castigo podría reconocerse más vinculado con la culpa y el autorreproche, sin que existieran consecuencias de carácter jurídico.

Luigi Ferrajoli¹² menciona que con la pena se procura dar respuesta a la máxima *nulla poena sine crimina*, o lo que es lo mismo, de aplicar una sanción ante la realización de un hecho delictivo, del cual se configura como efecto o consecuencia jurídica.

En este sentido, podemos señalar que la pena únicamente es aplicable cuando se ha realizado una conducta delictuosa; se considera que con la misma se inflinge al delincuente un mal que ha sido provocado por el delito cometido.

1.3. La previsión legal de las penas.

Como señalamos en la sección anterior, la previsión de las penas que habrán de imponerse a un individuo ante la eventual comisión de un delito, debe encontrarse establecida en la ley como un elemento de seguridad jurídica y de legalidad, para legitimar su aplicación por parte del Estado. Ello responde al principio de Derecho Penal *Nullum crimen nullum poena sine lege*.

¹² Ferrajoli, Luigi, *op.cit.*, pág. 368.

En atención a lo anterior, es común encontrar en las codificaciones penales artículos que precisan con claridad cuáles son las afectaciones de derechos que pueden considerarse “penas”. En el caso mexicano, el Código Penal Federal, en su artículo 24, señala que las penas y medidas de seguridad son:

1. Prisión,
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad;
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos;
4. Confinamiento;
5. Prohibición de ir a lugar determinado;
6. Sanción pecuniaria;
7. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito;
8. Amonestación;
9. Apercibimiento;
10. Caución de no ofender;
11. Suspensión o privación de derechos;
12. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos;
13. Publicación especial de sentencia;
14. Vigilancia de la autoridad;
15. Suspensión o disolución de sociedades;
16. Medidas tutelares para menores;
17. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito, y
18. Las demás que fijen las leyes.

Como ocurre en el caso de la clasificación señalada, debe resaltarse que ordinariamente las codificaciones y leyes penales no establecen criterios de distinción entre las penas y las medidas de seguridad.

Sin embargo, podemos señalar los siguientes criterios para diferenciar las penas y las medidas de seguridad¹³:

- a) Las penas se dan contra los delitos, las medidas de seguridad contra los estados peligrosos, predelictivos o postpenales;
- b) Las penas se miden por la responsabilidad, en función con el delito, en tanto las medidas de seguridad se miden por la peligrosidad demostrada por el sujeto;
- c) Las penas son determinadas en su extensión por el tiempo o la cuantía, según sean privativas de libertad o pecuniarias, en cuanto las medidas de seguridad son indeterminadas;
- d) En el concurso de delitos, las penas se acumulan o se absorbe la menor a la mayor y, en las medidas de seguridad, cuando procede la concurrencia de varias, se impone el criterio de la selección;
- e) Las penas se imponen en sentencia condenatoria y las medidas de seguridad pueden imponerse también en sentencia absolutoria, y
- f) La amnistía borra la pena pero no actúa sobre las medidas de seguridad agregadas a la pena o no agregadas, las que subsisten.

En el marco de esta investigación, resulta necesario precisar que sólo la prisión constituye aquella pena de la cual se ocupará nuestro análisis, y respecto de la que su ejecución material es competencia del Poder Ejecutivo en México.

¹³ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Voz "Pena"*, *op.cit.*, pág. 784.

Respecto de dicha pena, el Código Penal Federal prevé en su artículo 25 que:

“La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

La privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión. En este caso, las penas se compurarán en forma simultánea.”

Por lo anterior, a continuación se realizará un análisis de diversos planteamientos al respecto.

1.4. Análisis de diversos planteamientos en materia de la pena de prisión.

De acuerdo con la estructura del sistema penal mexicano, y de hecho con la de la mayoría de los sistemas penales occidentales, la imposición de la pena de prisión constituye la última etapa y conclusión del procedimiento jurisdiccional en materia penal, la cual se establece en la sentencia correspondiente¹⁴. Con la imposición de ella, se determina de forma legítima la sanción restrictiva de libertad que habrá de aplicar una

¹⁴ Esto por supuesto independientemente de las acciones de impugnación que resulten aplicables ante la revisión y, en su caso, amparo.

autoridad ejecutiva al individuo cuya responsabilidad se acreditó en la comisión de un delito.

Francisco Pavón Vasconcelos¹⁵, comenta en su Diccionario de Derecho Penal que:

“La pena de prisión se caracteriza por la privación al reo de su libertad de acción deambulatoria, introduciéndolo a un sitio ordinariamente cerrado donde queda sujeto a restricciones reglamentarias que norman su conducta durante todo el tiempo que permanece en él. Gramaticalmente prisión es igual a cárcel o lugar en que se encierra a los presos; en plural, cualquier cosa que ata o detiene físicamente; grillos, cadenas y otros instrumentos con los que en las cárceles se asegura a los delincuentes”.

De esta definición, es destacable que la pena de prisión implica la reclusión física del individuo condenado en un establecimiento carcelario, en el que por virtud de un encierro material permanece privado de su libertad. Aunado a la privación de la libertad, es importante señalar que la pena de prisión no sólo deviene en encierro físico, sino también en sumisión conductual del individuo al régimen penitenciario.

Por su parte, Raúl Carrancá y Rivas¹⁶ considera a la prisión como la privación de la libertad mediante reclusión en un establecimiento especial y con un régimen especial.

¹⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, Voz “Pena”, *op.cit.*, pág. 771.

¹⁶ Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho Penitenciario*, Editorial Porrúa, 4ª edición, México, 2005, pág. 444.

Con estos señalamientos, podemos afirmar que en los establecimientos carcelarios, reclusorios o prisiones, existe un régimen específico que comprende una forma particular de controlar la conducta de los individuos, y una sujeción de éstos a las reglas de operación institucional la cual no requiere necesariamente, ni para su legitimidad o vigencia, que sea conocida o aceptada por los presos.

Luigi Ferrajoli¹⁷ señala que la pena privativa de libertad ha constituido, en la modernidad, la alternativa más importante a las penas feroces y el principal vehículo del proceso de mitigación y de racionalización de las penas, sin embargo ésta ya no parece idónea.

Se estima que el planteamiento de Ferrajoli responde con razón a los elementos que caracterizan a la pena de prisión en nuestra época, ya que en la actualidad dicha pena no cumple con aquellos objetivos preventivos que con ella se perseguían. Es sin duda, la más grave y significativa de las penas a que puede sujetarse a un individuo, ya que por medio de la coacción se le encierra de forma física, se le priva de los beneficios que implica la vida social común, y se le sujeta obligatoriamente a realizar la rutina que corresponda al interior del centro penitenciario. Por ello, tradicionalmente la pena de prisión es objeto de análisis tanto en lo relativo a la afectación de uno de los bienes jurídicos más preciados, como es la libertad, como en lo que respecta a su ineficacia para alcanzar la readaptación o resocialización de los individuos condenados a ella.

En este sentido, Luigi Ferrajoli señala que:

¹⁷ Ferrajoli, Luigi. *op.cit.*, pág. 412.

“Es necesario considerar los elementos de aflicción física y psicológica que surgen como resultado de la pena de prisión.

Son físicos en cuanto que se manifiestan en la forma de vida y de tratamiento, los cuales únicamente difieren de las penas corporales antiguas en virtud de que no están concentrados en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena, y psicológicos en tanto se presentan a través de la soledad, aislamiento, sujeción disciplinaria, pérdida de sociabilidad y afectividad, y por consiguiente de identidad, además de la aflicción específica que se une con la pretensión reeducativa y en general todo tratamiento dirigido a plegar y a transformar la persona del preso”.

Por lo anterior, Ferrajoli opina que la cárcel es una institución antiliberal, desigual, atípica, extra legal, y extra judicial al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva.

Ante ello es que la reflexión teórica contemporánea sobre la pena de prisión, principalmente la reconocida como Garantismo y de la cual Ferrajoli es el exponente característico, ha justificado la superación o, al menos, una drástica reducción de la duración tanto mínima como máxima de la pena privativa de la libertad, institución cada vez más carente de sentido que no produce ventajas para nadie.

En razón de lo anterior, y al menos de forma inicial, podemos señalar que la pena privativa de libertad hoy en día no cumple con los rasgos de persuasión, prevención o readaptación, que tradicionalmente se le han atribuido, puesto que los objetivos que sustentan su aplicabilidad no presentan efectividad sensible en las sociedades de nuestra época. A ello debe sumarse que, como reflejo de la ineffectividad traducida en el incremento en la comisión de delitos, los regímenes jurídicos tienden a

hacer más violenta la aplicación de la pena de prisión mediante el incremento de los periodos de reclusión establecidos para los diferentes delitos.

Luis Rodríguez Manzanera¹⁸ menciona que la prisión cuando es colectiva corrompe, si es celular enloquece y deteriora; con régimen de silencio disocia y embrutece; con trabajos forzados aniquila físicamente, y, sin trabajo, destroza moralmente.

Asimismo, citando a Norval Morris, el mismo autor señala que en casi todas sus formas la prisión es altamente neurotizante, disuelve el núcleo familiar y lo daña seriamente, convirtiéndose en una pena terriblemente trascendente, pues lleva un agudo sufrimiento a aquellos que quieren al recluso.

De la postura de Norval Morris podemos destacar que con la pena de prisión no solamente se inflige un mal a aquél que ha cometido un delito, sino también a todas aquellas personas que lo rodean y con las cuales mantiene una relación afectiva. Este hecho es quizá una de las implicaciones sociales que menos se han analizado teóricamente en lo relativo a los efectos de la pena de prisión, los cuales trascienden a quienes son familiares directos de los sentenciados, incluso en su esfera jurídica (como en los casos en que los sentenciados son sujetos de pensiones alimenticias o de obligaciones contractuales). De hecho, ante el incremento visible de la delincuencia, con la correspondiente desatención de los delincuentes hacia sus familias, se estima que es uno

¹⁸ Rodríguez Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, Editorial Porrúa, 3ª edición, México, 2004, pág. 1.

de los elementos de persuasión más subvaluados por las teorías de la pena contemporáneas.

Este aspecto constituye un elemento de reflexión jurídica, pero principalmente económica, en cuanto que la prisión es una pena de alto costo y que atenta a los factores básicos de desarrollo en la materia. De alto costo en cuanto a la inversión de recursos públicos que el Estado (y los contribuyentes por ende) debe invertir en la construcción, desarrollo y mantenimiento de instalaciones penitenciarias, así como del personal, tanto del directamente vinculado a los establecimientos como de aquellos servidores públicos que participan en las unidades administrativas a las que corresponde la administración de dichos establecimientos (como los órganos desconcentrados federales y locales). Es además antieconómica porque el sentenciado no es productivo y deja en el abandono material a los dependientes económicos.

No obstante lo anterior, debe tenerse en consideración que, aunque se trate de minorías de reos sentenciados y de casos excepcionales, existen presos que son productivos económicamente al vincularse a trabajos como, restaurantes, tiendas o servicios al interior de las prisiones, los cuales les permiten generar ingresos, que no sólo les sirven para sostenerse dentro de la cárcel (alimentación y "pago" de beneficios), sino también incluso para contribuir a la manutención de sus familias.

Luis Rodríguez Manzanera, considera que las penas de prisión pueden ser largas o cortas. Con respecto a las penas largas, citando de nueva

cuenta a Norval Morris, expone que éstas se convierten en una simple eliminación del sujeto, siendo superfluos los esfuerzos para reintegrarlo a la sociedad y, en este sentido, la prisión es la expulsión del grupo, es el destierro a un país peor que el que existe fuera de la prisión.

De lo anterior, podemos subrayar que existe una sensible confluencia de planteamientos teóricos en que la pena de prisión no cumple con las funciones resocializadoras que tradicionalmente han sido utilizadas para fundar su existencia. A través de ella únicamente se neutraliza al delincuente y se le impide que delinca durante el tiempo que permanezca allí, lo cual no garantiza que no se convertirá en reincidente, ya que las prisiones corrompen porque cuando la pena es demasiado larga los individuos se adaptan a las costumbres que en ésta se practican lo cual conduce a la destrucción de la personalidad del recluso.

En lo relativo a las penas cortas de prisión, Rodríguez Manzanera señala que en razón de su breve duración, límite de tiempo y aplicación, las mismas no permiten la intimidación individual, la enmienda o readaptación, o en su caso, la eliminación del delincuente. Refiere que las penas cortas de prisión, carecen de ventajas y sí reúnen una notable variedad de desventajas, entre las que encontramos que no existe tratamiento, tienen un costo enorme, son inútiles para obtener la corrección del culpable, carecen de sentido intimidatorio, especialmente para los delincuentes habituados a ella, son desiguales según la condición de los penados, no reportan ninguna utilidad o beneficio, la familia queda abandonada, y estigmatizan al delincuente.

De esto podemos destacar que cuando las penas son en extremo cortas el tratamiento del interno no cuenta con la temporalidad necesaria para producir efectos en la conducta del sentenciado. Sin embargo, aún y cuando el tiempo que hayan permanecido en la cárcel hubiere sido limitado, éste puede ser suficiente para que exista un contagio criminal, mediante la adopción de conocimientos y conductas lesivas de bienes jurídicos tutelados, debido al contacto permanente con otros delincuentes que pueden ser habituales, profesionales o de extrema peligrosidad, y que implica el proceso de adaptación al grupo, y reconocimiento por parte de los delincuentes con los que convive.

César Barros Leal, en su obra *Prisión. Crepúsculo de una era*¹⁹, refiere que:

“La prisión es, ante todo, un castigo. Ésta representa en la práctica, por encima de cualquier duda, muchísimo más que la mera privación de libertad, teniendo en cuenta que el condenado pierde, además en un ambiente hostil de tensiones y promiscuidad moral, la seguridad, la privacidad, la intimidad, la capacidad de autopromoción, la identidad social, subordinándose, además de esto, a comandos autoritarios, impuestos no sólo por el director, por los agentes penitenciarios, como también por los liderazgos formados por otros presos.

La imagen de castigo se robustece en prisiones ruinosas, superpobladas, con pésimos niveles de higiene, donde la droga es consumida sin dificultades, el abuso sexual es constante, prácticamente no existe oferta de trabajo ni recreación orientada y la asistencia es suministrada de forma precaria.

¹⁹ Barros Leal, César, *Prisión. Crepúsculo de una era*. Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 8.

La prisión, en lugar de ser un instrumento de resocialización, de educación para la libertad, es, independientemente de los recursos materiales disponibles, un medio corruptor, un núcleo de perfeccionamiento en el crimen, donde los primarios, los menos peligrosos, se adaptan a los condicionamientos sociales intramuros, o sea, asimilan, en mayor o menor grado, los usos, las costumbres, los hábitos y los valores de la masa carcelaria”.

Como se observa, el cautiverio que deriva de la prisión es un elemento inherente a la noción de castigo, el cual se potencializa en las condiciones prácticas de su ejecución ya que con frecuencia es superior al contenido de la pena, y por ende de la sentencia, pues en el establecimiento penitenciario los penados, además de la libertad, suelen perder otros derechos en un ambiente donde predominan, independientemente de la calidad de las instalaciones y de los equipos, la violencia física y psíquica y la interacción promiscua, por lo que esta institución que en otros tiempos era considerada como la solución a la criminalidad, hoy ha dejado de serlo, ya que en ella se desarrolla y resalta la crueldad de que es capaz el ser humano hacia los demás.

Lo anterior se confirma en la voz de Luis González Placencia²⁰, quien refiere que:

“El encierro obligatorio no resuelve el problema del crimen, tampoco ha logrado demostrar que cumple una función rehabilitadora, retributiva o simplemente segregativa; si ha probado en cambio, su capacidad para generar violencia, corrupción, promiscuidad, sobrepoblación, degeneración para las condiciones mínimas para la vida adulta”.

²⁰ González Placencia, Luis. *Política Criminal y Sociología del Control Penal*. Inacipe, México, 2006, pág. 165.

Como aspecto correlativo de lo anterior, podemos señalar que los elementos característicos de la prisión no sólo inciden en los individuos que se encuentran sujetos a ella, sino que, como toda conducta social materia de regulación por el Derecho, su impacto regulatorio también incide en la operación de las instituciones que se encuentran a cargo de la ejecución de la pena, así como de los individuos que tienen a su cargo la competencia como servidores públicos. De hecho, debe tenerse en consideración que los planteamientos analizados se ocupan de los efectos de la pena en los sujetos sentenciados a ella, pero no son materia de la reflexión jurídica los efectos de la pena de prisión como la generación legal de un coto de poder no institucional, sino individual de los servidores públicos sirviéndose de las instituciones, que tiene su origen en las características de la competencia que se les atribuye para llevar a cabo la amenaza estatal del encierro prolongado, el silencio, la disciplina y el trabajo como castigo.

Algunos elementos iniciales sobre esta línea de análisis pueden reconocerse en la reflexión sobre las medidas de control social. Respecto de una de ellas, representada por el *Panóptico* de Bentham, Foucault²¹ señala:

“El efecto mayor del Panóptico: inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático de poder hacer que la vigilancia sea permanente en su efectos, incluso si es discontinua en su acción.

²¹ Foucault Michel, *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*. Editorial Siglo XXI Editores, México, 1976, pág. 204.

Que la perfección del poder tienda a volver inútil la actualidad de su ejercicio; que este aparato arquitectónico sea una máquina de crear y sostener una relación de poder independiente de aquel que lo ejerce; en suma, que los detenidos se hallen insertos en una situación de poder de la que ellos mismos son los portadores.

Para esto, es a la vez demasiado y demasiado poco que el preso esté sin cesar observado por un vigilante: demasiado poco porque lo esencial es que se sepa vigilado. Para ello Bentham ha sentado el principio de que el poder debía ser visible e inverificable.

Visible: el detenido tendrá sin cesar ante los ojos la elevada silueta de la Torre Central de donde es espiado. Inverificable: el detenido no debe saber jamás sin en aquel momento se le mira; pero debe estar seguro de que siempre puede ser mirado”.

Debe señalarse aquí que el papel del vigilante es fundamental en los elementos de la pena de prisión, a su cargo se encuentra la ejecución material de la pena y es él, y no el Estado, quien de manera directa incide sobre el tipo específico de conducta que desarrollan los sentenciados al interior del penal. A su cargo se encuentra el direccionamiento de la conducta de los individuos ya que los conoce y puede orientarlos, sin embargo en el personal de custodia suelen detectarse conductas represivas en las que los medios de coerción que se utilizan se hacen claramente visibles en aquellos en quienes se aplican y las cuales se encuentran ocultas bajo el manto de una potestad disciplinaria mal aplicada, ya que resulta la más fácil pero la menos efectiva para lograr los fines que se persiguen con la pena de prisión.

Eugenio Raúl Zaffaroni²², advierte que:

“La prisión o jaula es una institución que se comporta como una verdadera máquina deteriorante: genera una patología cuya característica sobresaliente es la regresión, lo que no es difícil de explicar. El preso o prisionero es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto...

Por otra parte, se lesiona su autoestima en todas las formas imaginables: pérdida de privacidad y de su propio espacio, sometimiento a requisas degradantes...”

Con estos planteamientos conviene reflexionar, no sólo sobre los efectos que tiene la conducta de los demás presos en un individuo que interactúa con ellos como sentenciado, sino respecto de aquel otro que observa el cumplimiento de la pena y que tiene a su cargo las funciones relativas al cumplimiento de los objetivos de la misma, pues los efectos de la pérdida de privacidad y del espacio, así como el sometimiento a requisas degradantes, a que se refiere Zaffaroni no ocurren detrás de los responsables de los establecimientos penitenciarios.

Ana Gamboa Trejo, en su libro *La Pena de Prisión (teoría y prevención)*²³, señala que en la voz de Michael Foucault, encontramos lo siguiente:

“Mi hipótesis es que la prisión ha estado, desde sus comienzos, ligada a un proyecto de transformación de los individuos. Se tiene la costumbre de creer que la prisión era una especie de depósito criminal, depósito cuyos

²² Citado por Barros Leal, César, *op. cit*, pág. 9.

²³ Gamboa de Trejo, Ana. *La Pena de Prisión (teoría y prevención)*, México, Biblioteca Universidad Veracruzana, 2005, pp. 149 y 170.

inconvenientes se habrían manifestado con el uso de tal forma que se diría que era necesario reformar las prisiones, hacer de ellas un instrumento de transformación de los individuos. Esto no es cierto: los textos, los programas, las declaraciones de intenciones están ahí. Desde el principio, la prisión debe ser un instrumento tan perfeccionado como la escuela, el cuartel o el hospital y actuar con precisión sobre los individuos.

El fracaso ha sido inmediato, y registrado casi al mismo tiempo que el proyecto mismo.

Desde 1820 se constata que la prisión, lejos de transformar a los criminales en gente honrada no sirve más que para fabricar nuevos criminales o para hundirlos todavía más en la criminalidad”.

Y sobre ello pareciera jurídicamente válido afirmar que si la doctrina jurídica ha procurado imprimir en los textos, los programas y las declaraciones de intenciones un objetivo de dirigir éstas a hacer de la pena de prisión un instrumento que actúe con precisión sobre los individuos, como opina Gamboa Trejo, el fracaso de tales proyectos tiene, cuando menos en parte, una responsabilidad compartida de aquellos a los que se les ha confiado el proyecto mismo.

Aunado a lo anterior, Ana Gamboa cita a Alessandro Baratta, quien se refiere al hombre en prisión de la siguiente forma:

“La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad (...)

Ninguna cárcel es buena y útil para esta finalidad, pero hay cárceles peores que otras: Me refiero aquí a un trabajo de diferenciación valorativa que me parece

importante, con el objeto de individualizar políticas aptas para hacer menos dañoso dicho instituto en relación con la vida futura del condenado”.

De lo anterior se desprende que Baratta hace especial énfasis en el trato humano que se le debe dar al prisionero; para ello propone la construcción de una teoría y una práctica nueva de reintegración social de los condenados.

Estos señalamientos nos conducen a aceptar que la pena de prisión, dado que se ejecuta en un fragmento del grupo social al que se le ha restringido la libertad, debería encontrar influencia en los principios básicos que orientan a la sociedad en su conjunto, sin caer en idealismos, en donde todos los obligados a permanecer en ella, incluyendo a quienes tienen a su cargo la operación de los establecimientos penitenciarios, tuvieran el mismo propósito: hacer conciencia de los fines de la pena revalorando aquellos bienes jurídicos afectados, e inhibiendo las motivaciones que originaron las conductas lesivas de la sociedad.

Alejándose de la relevancia jurídica que la institución debería revestir para la sociedad, la cárcel con el paso del tiempo sólo se ha convertido en un lugar de explotación y vejación del prisionero, en quien no sólo se genera una actitud de indiferencia social, sino de resistencia y rechazo a las instituciones del Estado, porque más allá de que tome conciencia sobre el daño a los bienes jurídicos que realizó con su conducta, se interioriza en él la convicción de que se encuentra ahí para perder derechos y ser abusado, y que sólo sus compañeros entienden la naturaleza de los efectos que se le imponen con la pena.

Luis González Placencia, en su Manual de Derechos Humanos del Interno en el Sistema Penitenciario Mexicano²⁴, señaló lo siguiente:

“Uno de los escenarios en los que la defensa de los derechos humanos ha requerido de mayor esfuerzo y dedicación ha sido sin duda, el ámbito penitenciario. Las razones de ello pueden ser múltiples pero lo cierto es que la cárcel es un espacio privilegiado para el abuso de poder, dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran los internos; por otra parte ha sido también una espacio de olvido, porque con frecuencia se piensa que un interno es básicamente una persona que ha hecho daño a la sociedad y que por lo tanto debe ser castigado sin miramientos”.

Coincidimos con este planteamiento porque destaca al sistema penitenciario como un espacio en el que ocurren actos de autoridad que afectan lo que la doctrina jurídica reconoce como derechos humanos. No se trata sólo de una visión que procure considerar a los reos como sujetos de violaciones legales, sino de reflexionar sobre diferentes vertientes del problema que implica el fracaso de la pena de prisión para sancionar al individuo, al mismo tiempo que se trabaja en su reinserción a la sociedad. De hecho, debe ponerse especial atención en que los establecimientos penitenciarios, como entes de Derecho Público, requieren que sus servidores públicos estén sujetos a observar puntualmente el principio de legalidad, mediante una vigilancia estricta para que las funciones que les han sido conferidas no sean utilizadas de forma abusiva en perjuicio de aquellas personas destinatarias de la función pública, así se trate de reos condenados por la comisión de

²⁴ González Placencia Luis, *Manual de Derechos Humanos del Interno en el Sistema Penitenciario Mexicano*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, pág. 11.

delitos. Un Estado de Derecho no puede permitir que las prisiones se conviertan en espacios en los que el propio ordenamiento jurídico, en su conjunto, deje de ser observado por quienes llevan a cabo materialmente actos administrativos de la función ejecutiva.

Francisco Muñoz Conde²⁵, señaló que la prisión se ha convertido en un mero campo de concentración, en un depósito de seres humanos que, en el mejor de los casos, pueden contar con que van a ser tratados como tales mientras dure su encierro, a veces hasta que finalmente mueran, pero que no van a ser objeto de ninguna medida de tratamiento o de resocialización que procure recuperarlos para una futura vida en libertad sin delitos.

Dadas las condiciones de vida generadas en los establecimientos penitenciarios en general, al amparo del régimen jurídico que los regula hoy día e independientemente de la finalidad que conforme a las teorías de la pena analizadas se le quiera atribuir, a la pena privativa de libertad le es inherente un carácter aflictivo y perverso sobre los reclusos. Por ello, resulta poco probable que los objetivos de resocializar y reeducar a los delincuentes sean alcanzados; mucho menos podría aceptarse que la pena de prisión vaya a constituirse como un medio para desarrollar medidas efectivas que contribuyan a que los delincuentes se preparen para retornar a la comunidad.

²⁵ Muñoz Conde, Francisco. *Excurso: Incapacitación: La Pena de Prisión como simple aseguramiento o incouización del condenado*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, España, 2003, pág. 16.

Derivado de los anteriores planteamientos podemos señalar que la doctrina jurídica reconoce que la pena de prisión se encuentra en crisis, puesto que con ella no se da debido cumplimiento a las razones jurídicas que legitiman el castigo por parte del Estado.

Aún así, el valor preventivo de la pena de prisión es innegable porque segrega al delincuente e impide que éste realice la comisión de nuevos delitos. No obstante, consideramos que su finalidad resocializadora ha fracasado, por problemas prácticos en su ejecución tales como la ausencia de las medidas de tratamiento adecuadas, el exceso de población en las cárceles, el aumento constante del costo de mantenimiento de los establecimientos penitenciarios, entre otras cosas, lo que la convierte sólo en un medio de aislamiento del individuo que con frecuencia lo transforma en un delincuente rencoroso, sin corrección alguna y de mayor peligrosidad al recuperar su libertad.

El término resocialización se ha convertido en una palabra de moda que, en los ámbitos teórico y público, se emplea con una reconocible indeterminación de contenido conceptual, así como de su utilidad en el marco de la pena de prisión. Al respecto Francisco Muñoz Conde²⁶ establece que:

“Aunque pueda resultar paradójico, esa indeterminación ha constituido la clave de su fracaso. En el marco penitenciario el concepto de resocialización es difuso sencillamente porque no puede ser de otra forma, porque resocializar por medio de la pena equivale a pretender abordar un fenómeno complejo a través del conocimiento de una de las pequeñas parcelas que lo componen. La

²⁶ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, Editorial Temis, S.A., Colombia, 2004, pág. 91.

resocialización en la ejecución de la pena es un supuesto paradigmático de las contradicciones y conflictos que mantienen en tensión a todo el sistema penitenciario. Por eso, cuando se habla de ella desde esta perspectiva no pueden más que establecerse principios generales incapaces de conformar un plan de ejecución o un programa de tratamiento penitenciario. La resocialización se convierte en un concepto fantasma del que puede deducirse tanto la ideología del tratamiento como fundamentar una práctica de terror”.

Es evidente entonces que la resocialización no puede reconocerse como el único fin de la pena privativa de libertad. Lo cual se confirma en la voz de Santiago Mir Puig²⁷, quien señala que no puede imponerse un tratamiento resocializador a quien no lo acepte voluntariamente, y que, no obstante, eso no puede significar que deje de tener sentido la imposición de una pena.

La resocialización no puede pretender justificar la pena como un bien necesario para el delincuente. Lo único que puede justificar la resocialización es la ayuda que el penado admita voluntariamente para su ulterior reinserción social.

Cuando en la resocialización, ni el individuo a resocializar ni el encargado de resocializarlo, tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma social, entonces se habla sólo de sometimiento, dominio de unos sobre otros, y una lesión grave de la autonomía individual²⁸. Esto lleva a que se confunda represión con resocialización, misma que a su vez se convierte en temor.

²⁷ Mir Puig, Santiago. *Estado, Pena y Delito*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, pág. 75.

²⁸ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, pág. 95.

Sobre la prisión sin garantía de resocialización, Heriberto Asencio Cantisán²⁹ opina que:

“La prisión mal puede reinsertar socialmente si lo que se hace con el sujeto es apartarlo precisamente de esa sociedad a la que se quiere que vuelva, la prisión nace históricamente para resocializar al infractor. La experiencia demuestra que estigmatiza al reo.

Sólo se puede concebir la ejecución de las penas cuando el mandato constitucional obliga a la administración penitenciaria a un régimen de vida lo más semejante posible al que existe en libertad, el tratamiento, como elemento que incide directamente en la personalidad, debe caminar al margen de todo aquello que signifique ejecución, pues sólo de esta forma se podrá hablar propiamente de resocialización penitenciaria”.

Esta idea es aceptable desde nuestro punto de vista, ya que el resocializar debe imprimir en la conciencia del recluso, a través de un trato humano, la importancia de los bienes jurídicamente tutelados y, en consecuencia, la adopción de una manera digna y respetuosa de vivir en sociedad. Si ésto se logra, en un establecimiento penitenciario deberían recrearse, bajo las restricciones del caso, aquellas condiciones de convivencia humana que pudieran ofrecerse en el exterior, y esto conlleva necesariamente el respeto de los derechos de los individuos reclusos.

Sin embargo, resulta difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad. En primer lugar, por las condiciones de vida imperantes en los establecimientos carcelarios. En segundo lugar, por los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición, más o menos

²⁹ Citado por Gamboa de Trejo, Ana. *op. cit.*, pág. 146.

encubierta de un tratamiento. Y en tercer lugar, por la falta de los medios e instalaciones adecuadas y del personal capacitado para llevar a cabo la consecución de los objetivos que se persiguen con la aplicación de la pena.

Derivado de lo expuesto, puede afirmarse que la doctrina jurídica reconoce una crisis en lo relativo a la pena de prisión. De los planteamientos mencionados podemos analizar que en esta crisis se reconocen tres vertientes;

- a) Un problema de ausencia de principios teórico-doctrinales que orienten el diseño del régimen jurídico aplicable al sistema penitenciario;
- b) Una deficiencia de operación y ausencia de análisis institucional respecto de aquellos establecimientos públicos que ejecutan la pena de prisión, así como de las instancias administrativas públicas que los tienen a su cargo, y
- c) Un ejercicio inadecuado de las atribuciones que se han confiado a aquellos servidores públicos que tienen contacto directo con los reclusos.

CAPÍTULO 2

LA TEORÍA GENERAL DEL GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

2.1. Teoría General del Garantismo Penal.

Uno de los aspectos que se presentan como constantes en el Derecho Penitenciario, se refiere a los problemas que en la actualidad afectan a las instituciones que forman parte del sistema penitenciario en México, desde los órganos administrativos, hasta las instalaciones carcelarias. En general, los problemas más comunes se identifican con la deficiente operación institucional, la corrupción de los servidores públicos que prestan sus servicios en el sistema, así como la violación sistemática de los derechos fundamentales¹ de los internos, entre otros. Es por ello que, ante un escenario en el que las autoridades que tienen a su cargo dicho sistema actúan sin observar lo dispuesto en el marco legal

¹ Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 4ª edición, España, Editorial Trota, 2004, pág. 37.

correspondiente, resulta necesario reflexionar sobre nuevos planteamientos que permitan modificar los esquemas institucionales y normativos para contribuir a su solución.

Comencemos por los conceptos básicos. Garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo y, cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo, ese algo que se tutela son derechos o bienes individuales. Marina Gascón Abellán² sostiene que, como primera aproximación, podría decirse que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal. En su planteamiento, lo anterior tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder, con objeto de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas. La misma autora refiere que esta teoría general es la Teoría del Derecho propia del Estado constitucional de derecho, y que tiene por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario de poder.

En razón de lo anterior podemos señalar que la Teoría General del Garantismo Penal, surge por la idea de que del poder siempre hay que esperar un gran abuso, mismo que resulta necesario anular, o cuando menos minimizar, haciendo del Derecho un sistema de garantías, de

² Gascón Abellán, Marina. *La Teoría General del Garantismo: Rasgos Principales*, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, España, 2005, pág. 21.

límites y vínculos a dicho poder, en favor de la tutela de los derechos de los individuos.

Señala Luigi Ferrajoli³ que el modelo penal garantista, no obstante que es contemplado por las constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales. Además, señala que esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquel una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto.

En este sentido, podemos destacar que el garantismo nació como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás ordenamientos jurídicos, y lo que acontece en la realidad, en donde los derechos y garantías consagrados por la legislación, en muchas ocasiones, no se cumplen. Esto implica la posibilidad de considerar a la Teoría del Garantismo Penal, como una alternativa teórica capaz de reevaluar los vínculos entre el ordenamiento jurídico constitucional y el interés social de tutelar la libertad de los individuos frente a los abusos del poder.

³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 6ª edición, España, Editorial Trotta, 2004, pág. 851.

Para abundar en lo anterior, resulta necesario abordar el análisis de las definiciones de garantismo, propuestas por Ferrajoli, conforme a las tres acepciones siguientes:

- a) El Estado de Derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación;
- b) Teoría del Derecho y crítica del Derecho, y
- c) Filosofía del Derecho y crítica de la política.

2.1.1. El Estado de Derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación.

En una primera acepción, Ferrajoli comenta que garantismo designa a un *modelo normativo de estricta legalidad*, propio del Estado de Derecho. Este modelo se caracteriza en el plano epistemológico como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo; mientras que en el plano político, se formula como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad. Por último, en el plano jurídico se caracteriza como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado, en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva⁴.

Este modelo de estricta legalidad consiste en una técnica legislativa idónea para disciplinar y limitar, de manera sólida y en la mayor medida posible, la violencia institucional y, en general, el ejercicio de los

⁴ *Ídem.*

poderes coercitivos, mediante la determinación normativa de sus presupuestos. Más exactamente, el principio de estricta legalidad puede ser redefinido como una norma meta-legal que condiciona la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violencia, a una serie de requisitos sustanciales correspondientes al conjunto de garantías penales y procesales⁵, a saber: la tipicidad de las violencias configuradas como penas, la taxatividad de los supuestos empíricos previstos como delitos, su ofensividad y culpabilidad, su verificación por parte de un tercero, que es el juez, a partir de un juicio contradictorio y público entre una acusación que tiene la carga de probarlos, y una defensa que tiene la posibilidad de desmentirlos⁶.

En este orden de ideas, es necesario destacar que al tratarse de un modelo límite, debe hablarse de grados de garantismo y, además, habrá que distinguir entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema, ya que el grado de garantismo de un sistema penal determinado puede ser decididamente alto, si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que puede ser mínimo, si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. Así, la bondad de un sistema constitucional se medirá por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos que contemple, mientras éstos aseguren efectividad a los derechos normativamente proclamados, y esto en virtud de que

⁵ La garantías penales y procesales son un sistema de prohibiciones inderogables: prohibiciones de castigar, de privar de libertad, de registrar, de censurar o de sancionar de alguna otra forma, sino concurren las condiciones establecidas por la ley en garantía del ciudadano frente a los abusos. *Ibidem*, pág. 861.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, página 93.

una Constitución puede ser sumamente avanzada por los principios y los derechos que consagra y, sin embargo, carecer de técnicas coercitivas y de garantías que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo⁷.

Conforme con esta primera definición, en el modelo garantista la validez de las leyes ya no es un dogma unido a su mera existencia o validez formal, sino una cualidad contingente ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, ya que la interpretación de la ley es también un juicio de los individuos sobre la propia ley, de la cual jueces y juristas deben elegir únicamente los significados válidos, en cuanto sean compatibles con las normas constitucionales sustanciales, y con los derechos fundamentales establecidos por ellas⁸.

Esta nueva forma de interpretación de la ley debe reflejar una tensión constante entre los distintos niveles del ordenamiento jurídico: entre el nivel constitucional, que integra normas y principios de justicia, básicos y generales, expresados en la forma de derechos fundamentales, y el nivel legislativo, cuyas normas siempre serán censurables como ilegítimas en el supuesto de incoherencia con la Constitución⁹.

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, pág. 852.

⁸ Rivera Beiras Iñaki, *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, España, Editorial Anthropos, 2005, pág. 196.

⁹ *Ídem*.

Es muy importante destacar que Ferrajoli¹⁰ explicita así la función y la dimensión político criminal del nuevo paradigma constitucional, en una doble dirección:

- como crítica del Derecho existente, mediante el análisis y la censura de sus perfiles de invalidez constitucional (concebidas como proposiciones desde dentro), y
- como diseño del Derecho que debe ser, identificando tanto las lagunas, como las garantías que aún faltan y que deben ser introducidas con apoyo en los derechos sancionados en las Constituciones (es decir, recomendaciones desde afuera).

En tal sentido, el modelo político-criminal garantista, no se expresa como un planteamiento de orden prescriptivo, sino como la formulación de un derecho por alcanzar, un modelo a seguir en el diseño constitucional y normativo general de los sistemas jurídicos.

2.1.2. Teoría del Derecho y crítica del Derecho.

En una segunda acepción, Ferrajoli considera que el garantismo designa una *teoría jurídica de la validez*¹¹, así como de la efectividad; entendidas como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la

¹⁰ Citado por Rivera Beiras Iñaki, *Ídem*.

¹¹ La validez tiene que ver con el significado o contenido de las leyes, y depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, pág. 21.

existencia o de la vigencia¹² de las normas. En consecuencia, el término garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ser y el deber ser en el Derecho. Propone también, como cuestión teórica central, la divergencia existente entre modelos normativos, los cuales son garantistas, y las prácticas operativas, mismas que resultan ser anti-garantistas. Así, esa divergencia se interpreta mediante la antonimia y que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas¹³.

En la práctica, es evidente lo ilusorio que resulta la vinculación total, coherente y efectiva, entre los principios consagrados tanto por las constituciones como por los demás ordenamientos, y lo que en la realidad ocurre. Eso significaría admitir la existencia de una sociedad perfecta. En nuestra consideración, dichos principios nunca son completamente realizables, de hecho sólo admiten una satisfacción imperfecta, parcial y relativa, ya que es inevitable la existencia de divergencias entre los presupuestos establecidos normativamente, y aquello que sucede como un evento en la realidad, en la que los derechos y garantías no se respetan como una respuesta natural o común de las instituciones del Estado.

¹² La vigencia o existencia hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas, con las previstas por las normas formales sobre su formación. *Ídem*.

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, pág. 852.

En estos términos, el garantismo es la teoría que se refiere al funcionamiento efectivo de las prescripciones establecidas por un sistema jurídico, y sirve para revelar sus rasgos de validez, destacando sobre todo aquellos de invalidez. Además, es idónea para revelar el grado de efectividad del sistema y, sobre todo, de ineffectividad, por lo que diremos que se trata de una teoría relativa a la divergencia entre normatividad y realidad, entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes, es normativista y realista al mismo tiempo. Bajo ambos aspectos, el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y, como mencionamos, de deslegitimación interna del Derecho Penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes, a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica implica tanto en su aplicación como en su desarrollo: el punto de vista normativo o prescriptivo del derecho válido y el punto de vista fáctico o descriptivo del derecho efectivo¹⁴.

Esta perspectiva crítica no es externa, política o metajurídica, sino interna, científica y jurídica, en cuanto asume como universo del discurso jurídico la totalidad del Derecho positivo vigente, haciendo explícitas y evidentes sus antinomias en vez de ocultarlas y deslegitimando así, desde el punto de vista del derecho válido, los perfiles antiliberales y los momentos de arbitrio del Derecho efectivo. Esto dista de ser lo habitual en la ciencia y en la práctica jurídica, en las que un malentendido positivismo suele dar aliento a actitudes acríticamente dogmáticas y contemplativas frente al derecho positivo y sugiere al jurista la tarea de cubrir o hacer cuadrar sus antinomias en

¹⁴ *Ídem*.

vez de hacerlas explícitas y denunciarlas. Y si esto es habitual en el campo jurídico, lo es más aun en la cultura política y en el sentido común, donde habitualmente prevalece el obsequio al Derecho vigente cualquiera que sea y a sus modos incluso ilegales de funcionamiento práctico.

En contraste con las concepciones tradicionales respecto de los sistemas jurídicos, ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normativa garantista y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal –y por tanto irrealizado y pendiente de realización- de sus propias fuentes de legitimación jurídica.¹⁵

2.1.3. Filosofía del Derecho y crítica de la política.

En una tercera acepción, el garantismo designa una *filosofía política* que impone al Derecho, y al Estado, la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre Derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre ser y deber ser del Derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista

¹⁵ *Ibidem*, pág. 853.

únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del Derecho y del Estado.

En general, la adopción de un punto de vista externo o político que no esté formulado considerando aquel interno o jurídico, es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del Estado y no sólo del poder penal, porque aporta justificaciones y valores importantes para los individuos, o el grupo social, sujetos al sistema jurídico particular. Esto ocurre en dos vertientes, 1) porque el punto de vista externo es el de abajo o ex parte populi, frente al interno, que es el punto de vista de arriba o ex parte principis, y 2) porque el "*ser del Derecho*" es el que expresa los valores extra -o meta- o pre-jurídicos fundamentantes, caracterizados éstos por los intereses y las necesidades naturales - individuales y colectivas- cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser de esos constructos teórico-normativo artificiales que son las instituciones jurídicas y políticas.

En relación a lo anterior, Ferrajoli considera que el rasgo específico de todas las culturas políticas autoritarias es la eliminación de un autónomo punto de vista externo o, peor aun, su explícita confusión con el interno, unidas a la idea de la auto-fundamentación y la auto-justificación del Derecho y del Estado como valores en sí: no como medios sino fines en sí mismos. Ante ello, la carga de la justificación externa es idónea para fundamentar doctrinas políticas que admiten justificaciones no absolutas o totales, sino contingentes, parciales, a posteriori y condicionadas, no sólo, del Derecho penal, sino del Derecho y del Estado en general¹⁶.

¹⁶ *Ídem*.

2.2. Presupuestos de la Teoría General del Garantismo.

Las tres acepciones anteriores de garantismo, de las que Luigi Ferrajoli¹⁷ proporciona una connotación solamente penal, tienen a juicio del mismo autor un alcance teórico y filosófico general, ya que delimitan los elementos, o presupuestos, de una Teoría General del Garantismo, siendo éstos:

- a) El carácter vinculado del poder público en el Estado de Derecho;
- b) La divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior, y
- c) La distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico), y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él.

El principal presupuesto metodológico de una Teoría General del Garantismo está en la separación entre Derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser. Esta separación necesita ser considerada por dicha teoría como objeto privilegiado de investigación en los diversos planos del análisis jurídico:

¹⁷ *Ibidem*, pág. 854.

- El meta-jurídico de la relación entre Derecho y valores ético-políticos externos,
- El jurídico de la relación entre principios constitucionales y leyes ordinarias y entre leyes y sus aplicaciones, y
- El sociológico de la relación entre derecho en su conjunto y prácticas efectivas.

Sólo el reconocimiento de la divergencia entre normatividad y efectividad permite en efecto plantear el análisis de los fenómenos huyendo de la doble falacia, naturalista y normativista, de la asunción de los hechos como valores o, al contrario, de los valores como hechos. Para Ferrajoli esta doble falacia está en la base de muchas regresiones ideológicas que caracterizan a la historia de la cultura, no sólo penalista sino jurídica en general, tanto de las filosofías de la justicia en lo relativo a la relación entre ser y deber ser del Derecho y, por consiguiente, al problema de la justificación externa o política, como de las teorías del Derecho, en lo que hace a la relación entre ser y deber ser y, por ende, al problema de la validez interna o jurídica.

La teoría del garantismo, además de fundamentar la crítica del Derecho positivo respecto a sus parámetros de legitimación externa e interna, es consecuentemente también una crítica:

- a) De las ideologías políticas, ya sean iusnaturalistas o ético-formalistas las cuales confunden, en el plano político externo, la justicia con el Derecho, o peor aún a la inversa, y

b) De las ideologías jurídicas, tanto normativistas como realistas, que paralelamente confunden, en el plano jurídico o interno, la validez con la vigencia o, al contrario, la efectividad con la validez¹⁸.

2.3. Sistema axiomático propuesto por Ferrajoli.

Con su teoría Ferrajoli¹⁹ recuerda sobre qué bases edificar un modelo de Derecho penal garantista –modelo sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible-. Su propuesta se encuentra dirigida a un contenido de verdad fundamentable en los sentidos de la democracia y a través de un ejercicio del poder punitivo pleno de garantías. En este sentido, la propuesta del garantismo penal está expresada en un sistema axiomático, entendido como vía de un proceso de conocimiento que busca la verdad como horizonte de sentido y no como argumento para legitimar la arbitrariedad. El sistema se expresa en los diez axiomas siguientes:

- No puede haber pena sin delito (principio retribucionista o de la sucesividad de la pena con respecto al delito)
- No puede haber delito sin ley (principio de legalidad)
- No puede haber ley (penal) sin necesidad (principio de necesidad o de economía del derecho penal)
- No puede haber necesidad sin injuria (principio de lesividad o de la ofensividad del acto)

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Íbidem*, pág. 93.

- No puede haber injuria sin acción (principio de materialidad o de exteriorización de la acción)
- No puede haber acción sin culpa (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal)
- No puede haber culpa sin enjuiciamiento (principio de jurisdiccionalidad)
- No puede haber enjuiciamiento sin acusación (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación)
- No puede haber acusación sin pruebas (principio de la carga de la prueba o de verificación)
- No puede haber pruebas sin defensa (principio de contradicción o de la defensa o refutación).

Este sistema axiomático no es un sistema vacío de contenido axiológico, la clave está en que los postulados en sí constituyen fórmulas de justicia, en tanto expresiones de racionalidad cuyo cumplimiento permite un uso prudente de la fuerza punitiva, dado que se reconoce que dicha intervención, por muy necesaria y benéfica que pudiera resultar ha de hacerse bajo el principio de dignidad de la persona y, por tanto, tomando en cuenta la imposibilidad de legitimar toda acción del Estado que no reconozca tal condición de la persona, como sustento del ejercicio de su poder.

El citado autor italiano señala que estos diez principios, los cuales ordenados sistemáticamente definen el modelo garantista de Derecho o de responsabilidad penal, han de sentar las reglas del juego fundamentales del Derecho Penal.

Marina Gascón Abellán²⁰ considera que la Teoría General del Garantismo puede ser mejor comprendida si se presenta como la conjunción de una tesis metodológica en el análisis meta-jurídico y jurídico y una cierta doctrina filosófica política. Refiere que la tesis metodológica es la que mantiene la separación entre el ser y el deber ser. La doctrina de filosofía política es la que entiende al Estado y al Derecho como artificios o instrumentos para la tutela y garantía de los derechos naturales (vitales) de los individuos²¹.

2.4. Rasgos epistemológicos sustantivos del Garantismo Penal.

2.4.1. Tesis metodológica del Garantismo.

El garantismo es ante todo una tesis metodológica de aproximación al Derecho que mantiene la separación entre ser y deber ser, entre efectividad y normatividad, y que rige en los diversos planos del análisis jurídico:

- El metajurídico del enjuiciamiento externo o moral del derecho;
- El jurídico del enjuiciamiento interno del derecho, y
- El sociológico de la relación entre derecho y práctica social efectiva²².

²⁰ Gascón Abellán, Marina. *op. cit.*, pág. 22.

²¹ Al respecto Luigi Ferrajoli manifestó su conformidad al señalar que las reconstrucciones más claras y eficaces de sus tesis son las ofrecidas por dicha autora. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, España, Editorial Trota, 2006, pág. 11.

²² Gascón Abellán, Marina. *op. cit.*, pág. 22.

Marina Gascón Abellán²³, señala que proyectada en el enjuiciamiento externo o ético político del Derecho, la tesis metodológica del garantismo consiste en la absoluta separación entre Derecho y moral, entre validez y justicia, en definitiva entre el ser y el deber ser del Derecho. Esta tesis, en conjunción con el modelo de filosofía política del garantismo, promueve un modelo garantista de Derecho, y atribuye a la teoría del Derecho una función de análisis y crítica de la deslegitimación de las instituciones jurídicas positivas.

Asimismo, refiere que proyectada en el enjuiciamiento interno o jurídico del Derecho, la tesis metodológica del garantismo consiste en una aproximación teórica al Derecho que mantiene separados el ser y el deber ser en él y promueve un nuevo modelo de juez y de jurista (el modelo de juez y de jurista del garantismo), así como un modelo de política (el modelo garantista de la política).

Luigi Ferrajoli²⁴ refiere que esta separación, entre el deber ser del derecho y el ser de los sistemas jurídicos en su conjunto, no significa en absoluto que el derecho no incorpore valores o principios morales y no tenga al menos en este sentido cierta relación conceptual necesaria con la moral: lo que sería absurdo, dado que todo sistema jurídico, como ha observado acertadamente Luis Prieto Sanchís²⁵, expresa por lo menos la moral (o las morales) cualquiera que ésta (s) sea (n), de sus

²³ *Ídem*.

²⁴ Ferrajoli, Luigi. *Op. Cit., Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, pág. 12.

²⁵ Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y Garantismo*, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, España, 2005, pág. 41.

legisladores, o si se prefiere su pretensión de corrección. Significa, sencillamente:

- que la moralidad (o la justicia) predicable de una norma no implica su juridicidad (su validez, o de forma todavía más genérica su pertenencia a un sistema jurídico), y
- que la juridicidad (la validez, o la pertenencia a un sistema jurídico) de una norma no implica su moralidad (o su justicia).

2.4.2. Ser y deber ser del Derecho. La Filosofía Política y el Modelo de Derecho.

En el plano meta-jurídico, o de enjuiciamiento externo del Derecho, la tesis metodológica del garantismo se traduce en la separación entre Derecho y moral, entre Derecho y justicia, entre ser y deber ser del Derecho. En este punto el garantismo es coincidente con el positivismo jurídico que, asumiendo las críticas a las falacias naturalista y normativista, impugna tanto el iusnaturalismo como el formalismo ético: ni una norma justa es, sólo por eso jurídica; ni una norma jurídica es, sólo por eso justa. Pensar lo contrario equivaldría a sostener que un pecado constituye por sí mismo un ilícito penal, en el primer caso, y a sustraerse a la posibilidad de una crítica ético política, en el segundo. En suma, el garantismo supone la distinción entre justicia y validez del Derecho, haciendo posible su enjuiciamiento externo o ético político²⁶.

²⁶ Gascón Abellán, Marina. *op. cit.*, pág. 23.

2.4.2.1. La separación entre derecho y moral y la fundamentación heteropoyética del Estado y del Derecho.

El presupuesto metodológico de la separación entre Derecho y moral incorpora ya en sí un valor político fundamental: la carga de justificación externa es idónea para fundamentar políticas que admiten justificaciones no absolutas o totales, sino contingentes, parciales, a posteriori y condicionadas²⁷.

La historia europea de este siglo es un buen catálogo de doctrinas políticas absolutistas (el nacional-socialismo, los fascismos, el estalinismo) que, realizando una identificación entre Derecho y moral en distintas versiones del positivismo ético, no han podido ser más nefastas para la protección de los individuos y sus derechos. Gascón Abellán considera que el garantismo arremete contra estas concepciones éticas del Estado y exige –parafraseando a Luhmann– doctrinas políticas heteropoyéticas, no autorreferenciales: el Estado y el Derecho no son en sí mismos éticamente valiosos sino que requieren una justificación externa. Por lo demás ya en sus orígenes ilustrados el garantismo se caracterizó precisamente por ser un esquema político fundado sobre derechos individuales y en el que, por consiguiente, las instituciones políticas y jurídicas se justifican no sólo como males necesarios sino también como instrumentos al servicio de aquellos derechos²⁸.

²⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, pág. 854.

²⁸ Gascón Abellán, Marina. *op. cit.*, pág. 23.

2.4.2.2. La doctrina de Filosofía Política del Garantismo: la concepción instrumental del Estado.

En efecto, es propia del garantismo la concepción artificial del Estado y del Derecho, y natural de los individuos y sus derechos. Es decir, lo que es natural, en cuanto previo y prioritario, son los individuos y sus derechos, necesidades e intereses, mientras que el Estado y el Derecho son convenciones que sólo estarán justificadas o legitimadas en la medida en que se oriente a proteger esos derechos y bienes individuales²⁹. Por ello, la doctrina de filosofía política del garantismo, la que hace posible un enjuiciamiento externo del Estado y del Derecho fundado en los individuos y en la sociedad y no en instancias trascendentes a éstos, es el contractualismo en cuanto instrumento de tutela de los derechos fundamentales, es decir, la doctrina de la democracia sustancial, y no sólo formal³⁰.

²⁹ *Ibidem*, pág. 24.

³⁰ Por ello, la doctrina de filosofía política del garantismo es el modelo del contractualismo burgués lockeano, y no rousseauiano de la omnipotencia de la voluntad general, que ha sido el fundamento de la democracia sustancial o política que resuelve solamente el problema de quién decide, es decir, de la investidura democrática de los sujetos titulares de los poderes del gobierno; y que, por lo demás, corre siempre el riesgo de resolverlo con el sacrificio de los derechos y de los intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos. Por el contrario, el problema de la legitimación sustancial de qué es obligado a decidir o no decidir constituye precisamente el objeto de las doctrinas liberales contractualistas sobre la razón y los límites del Estado que, aunque circunscrita tan sólo a los derechos burgueses de libertad y propiedad, resulta sin embargo apta para ser utilizada para todos los derechos que se estiman vitales, tanto liberales como sociales, y por tanto, para servir

El modelo de legitimación del garantismo, es pues, coincidente con el modelo democrático del Estado constitucional de Derecho. Más exactamente, el garantismo, como teoría general, impone el esquema de justificación de la democracia liberal: impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos³¹.

Por último, la consecuencia de la distinción entre el deber ser del Derecho (el modelo de justicia) y el ser del Derecho (el sistema jurídico vigente) es la existencia de un grado irreducible de legitimidad política de las instituciones vigentes respecto al punto de vista externo³², aún y cuando la realidad nunca pueda cumplir por completo las exigencias del modelo.

2.4.2.3. El modelo de Derecho del Garantismo.

La consecuencia del modelo de legitimación del garantismo es una cierta concepción o modelo normativo de Derecho que concibe a éste como un sistema de garantías. El concepto garantista de Derecho, es pues de nuevo, coincidente con la ideología jurídica del Estado de Derecho en el que el Derecho mismo es un sistema de límites y vínculos al poder político para la protección de los bienes e intereses que deban ser perseguidos. Así, en un sistema jurídico específico, la concreción del

de base a una doctrina general sobre la democracia sustancial. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, pág. 884.

³¹ *Ibidem*, pág. 853.

³² *Ibidem*, pág. 854.

modelo garantista de legalidad es algo que dependerá de cada sector del ordenamiento a la vista de los bienes e intereses que deban ser tutelados. En suma el garantismo, en cuanto Teoría General, no impone aún un sistema de legalidad concreto, pero sí un modelo general en el que el Estado de Derecho concibe a éste como una red de garantías de bienes o derechos y, por ello, positiviza los derechos vitales del individuo convirtiendo su respeto y realización efectiva en un vínculo al poder político³³.

Una cuestión que cabe plantear es a quién corresponde al análisis y la explicación de los valores teórico-políticos fundamentales que constituyen el armazón axiológico de los modelos garantistas de legalidad; determinando el sujeto de la carga para analizar de los modelos teóricos y políticos fundamentales –más allá de sus concretas e imperfectas regulaciones constitucionales- y de los consiguientes niveles de ilegitimidad externa de los sistemas jurídicos que a ellos se remiten³⁴.

2.4.3. Ser y deber ser en el Derecho. La teoría jurídica y el modelo de Política.

La teoría jurídica del garantismo parte de la base de que en el Estado constitucional de Derecho no sólo el ser, sino también el deber ser de las normas, se halla positivizado. En él, un ordenamiento jurídico positiviza no sólo las condiciones de existencia o legitimidad formal de

³³ Gascón Abellán, Marina. *op. cit.*, pág. 24.

³⁴ *Ídem*.

las normas referido al “quién y cómo debe decidir”, sino también las condiciones de validez o legitimidad sustancial que atienden al “qué se puede o debe decidir”; positiviza en suma no sólo las condiciones del ser de las normas sino también su deber ser³⁵.

Ferrajoli utiliza el concepto de *doble artificialidad del Derecho*³⁶ para hacer referencia al hecho en el cual la función de garantía resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal que, en los ordenamientos de Constitución rígida no sólo se caracteriza por el carácter positivo de las normas producidas, en cuanto rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al Derecho. Este es el rasgo específico del Estado constitucional de Derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo.

Gracias a esta doble artificialidad –de su ser y de su deber ser- la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de Derecho ha cambiado de naturaleza. No sólo es condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales, como el principio de igualdad y la salvaguarda de los derechos fundamentales; además está legitimada, a su vez, sólo en la medida de su conformidad con los mismos. Podemos llamar modelo garantista a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo.

³⁵ *Ibidem*, pág. 25.

³⁶ Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, pág. 19.

Gracias a él, el Derecho contemporáneo no programa sus formas de producción solamente a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes, sino que programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica.

Lo anterior conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico ya que:

- supone una revisión de la teoría de la validez basada en la disociación entre validez y vigencia, y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones;
- en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento de una dimensión sustancial;
- en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley;
- por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto.

2.4.3.1. La teoría jurídica de la validez.

En consecuencia, con la doble artificialidad del Derecho, en el plano jurídico o de enjuiciamiento interno, la tesis metodológica del

garantismo se traduce en la distinción entre ser y deber ser en el Derecho. Esto supone que la validez y la eficacia de las normas son categorías distintas entre sí, pero son también distintas de la vigencia o existencia³⁷. Esta distinción, y en particular la que media entre validez y vigencia, contribuye a fundar una teoría de la divergencia entre la normatividad, que es tendencialmente garantista, y la realidad, que es tendencialmente antigarantista, entre el derecho válido vigente en el sistema y el derecho eficaz vigente, y de este modo reclama de los jueces y de los juristas la crítica (interna) del derecho eficaz (pero inválido) desde el derecho válido (pero ineficaz).

El garantismo evita también, en este nivel discursivo, las falacias naturalista y normativista de reducción de los valores a hechos y de los hechos a valores y se separa así tanto de la ideología jurídica normativista como de la realista, de tal suerte que ni una norma válida, es sólo por eso vigente; ni una norma vigente o eficaz es, sólo por eso válida. Consecuencia de la separación entre el ser del Derecho (la vigencia) y el deber ser en el derecho (la validez) es la existencia de un grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior³⁸.

2.4.3.2. El modelo de la Política.

Por otra parte, la doble artificialidad del Derecho (ser y deber ser positivizados) exige también una cierta visión de la política en general, y

³⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Op. Cit.*, pág. 852.

³⁸ *Ibidem*, pág. 854.

de la democracia en particular, en la que la acción política sea legitimada en la medida en que contribuya a garantizar los bienes y valores que, según el modelo normativo vigente deban ser protegidos.

Conforme a ello, el Derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino que por el contrario es la política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho.

En concreto, con referencia a la democracia, el concepto de la política propio del garantismo exige distinguir entre:

- a) Su dimensión formal o principio de la mayoría, que son las condiciones de vigencia o legitimación formal aseguradas por el respeto a los principios de la democracia política relativos al "quién y cómo se manda", y
- b) Su dimensión sustancial relativa a las condiciones de validez aseguradas por la observancia de los derechos fundamentales, referidas a los derechos sociales como el "qué se debe satisfacer", o perseverar más allá de la voluntad de las mayorías, tal como los derechos de libertad.

Esta dimensión sustancial no es, al menos necesariamente, democrática, en el sentido de que no proviene del consentimiento de las mayorías. Pero sí es garantista pues, garantismo significa precisamente, tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del Derecho penal en tanto constituye la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad

de las prohibiciones y de los castigos; la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos; la dignidad de la persona del imputado, y por consiguiente, la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de aquellos en calidad de reos y de imputados, al Derecho penal y al mismo principio mayoritario³⁹.

En conclusión, podemos señalar que la teoría formulada por Luigi Ferrajoli, es una teoría que desarrolla la idea de que el Derecho penal, como instrumento de última ratio, sólo se justifica dentro del Estado porque no existe una forma mejor de obligar a las personas a comportarse socialmente como se exige en una sociedad democrática.

Sirva de comentario a esta posición, lo que el mismo autor escribe:

"el derecho penal no es el único medio y ni siquiera el más importante para prevenir los delitos y reducir la violencia arbitraria. Por el contrario, el progreso de un sistema político se mide por su capacidad de tolerar simplemente la desviación como un signo y producto de tensiones y de disfunciones sociales irresolutas, como asimismo, la de prevenir aquélla sin medios punitivos o iliberales (sic), removiendo sus causas materiales"⁴⁰.

Esta nueva corriente coloca en el centro de su atención a los mecanismos, identificados como garantías, para hacer eficaces los derechos fundamentales.

³⁹ *Ibidem*, pág. 335.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *Poder y Control*, Barcelona, España, Edit. PPU, 1986, pág. 45.

En opinión de Norberto Bobbio⁴¹:

“la apuesta es alta: la elaboración de un sistema general del Garantismo, o si se quiere, la construcción de las paredes maestras del Estado de derecho que tiene por fundamento y fin, la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal. Pero es un juego que tiene reglas: el autor, después de haberlas establecido las observa con escrúpulo y así permite al lector encontrar el camino sin demasiado esfuerzo. La coherencia del conjunto se hace posible por la previa declaración de los presupuestos metodológicos y teóricos. Por el proceder a través de conceptos bien definidos y de sus relativas síntesis por la concatenación de las diversas partes y por la progresión razonada desde cada una de las otras”.

⁴¹ Bobbio, Norberto, prólogo a la obra de Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 6ª edición, España, Editorial Trotta, 2004, pág. 851.

CAPÍTULO 3

MARCO NORMATIVO, FORMAL E INFORMAL, DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN MÉXICO.

3.1. Aclaraciones por la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.

Como en todo sistema jurídico, el régimen legal que establece las disposiciones relativas al régimen penitenciario debe tener sustento en la Constitución, como norma fundamental. Siendo así, y conforme al principio de supremacía constitucional, parece una obviedad que las disposiciones legales deben guardar congruencia con las previsiones constitucionales en la materia. Sin embargo, el dieciocho de junio de dos mil ocho fue publicado el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos el artículo 18.

Tal situación genera un esquema en el que las previsiones constitucionales, ya publicadas, no encuentran referente en la legislación secundaria que se encuentra vigente. De hecho, la propia reforma constitucional en el Quinto Transitorio establece una *vacatio legis* en el Quinto Transitorio, que dispone.

“Quinto. El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, **entrarán en vigor**

cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, **sin que pueda exceder el plazo de tres años**, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.” (Énfasis añadido)

Por virtud de lo anterior, las nuevas disposiciones del artículo 18 constitucional reformado, relativas al sistema de reinserción que modifica los esquemas de readaptación, no entrarán en vigor sino hasta que las legislaciones de las entidades federativas se encuentren ya modificadas, lo que deberá ocurrir en un plazo no mayor de tres años.

Con objeto de hacer manifiesto el impacto de la reforma constitucional, a continuación se presenta un cuadro comparativo de la reforma.

TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA	TEXTO DE LA REFORMA
<p>Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.</p> <p>Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.</p> <p>Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.</p> <p>La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.</p>	<p>Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.</p> <p>El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.</p> <p>La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.</p> <p>La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.</p>

<p>Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.</p> <p>La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.</p> <p>Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.</p> <p>Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.</p> <p>Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.</p>	<p>Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.</p> <p>La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.</p> <p>Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.</p> <p>Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.</p> <p>Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.</p> <p>Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y</p>
--	---

	<p>sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.</p>
--	--

Como se observa, la reforma sólo sustituye las referencias a la *readaptación social* por las de *reinserción social*¹, sin que aporte ningún elemento sustantivo para presumir que existirá un cambio radical en la forma en que hoy opera el sistema penitenciario. También sustituye el término reo por el de sentenciado. De hecho sólo se plantea como objetivo adicional el procurar que el sentenciado no vuelva a delinquir.

Adicionalmente, la reforma incorpora a las bases sobre las cuales se organizará el sistema penitenciario a la salud y al deporte.

En esos términos, no se considera que la variación terminológica del texto constitucional de *readaptación* a *reinserción*, constituyan un elemento de trascendencia para la modificación de la forma en que hoy opera la ejecución de penas privativas de libertad en México.

Por lo anterior, y ante la perspectiva de que el sistema penitenciario aún se encuentra regulado por leyes que se refieren a la *readaptación social* como objetivo, aunado al hecho de que en nuestra opinión la constitución no modifica sustancialmente el sentido de la *readaptación* con el uso terminológico de “*reinserción*”, los apartados que se exponen

¹ La presente investigación no se ocupa del impacto de las reformas constitucionales en materia de delincuencia organizada, por considerar que este aspecto se aparta sustancialmente de la hipótesis planteada y de la esencia de los objetivos formulados.

a continuación se refieren al impacto del concepto readaptación aún vigente en el plano legal.

3.2. Previsiones Constitucionales.

En México la ejecución material de la pena privativa de libertad es un asunto que compete exclusivamente a los poderes ejecutivos, federal y de las entidades federativas, por conducto y a cargo de las administraciones públicas correspondientes.

Según se observa en el párrafo inicial del artículo 18 constitucional, citado en el apartado que antecede, las disposiciones del mismo se encuentran relacionadas con el texto contenido el en artículo 16 del mismo ordenamiento, ya que como señala Gerónimo Miguel Andrés Martínez²,

“la prisión preventiva únicamente se aplicará por una orden de aprehensión o detención librada por la autoridad judicial o el Ministerio Público, éste acto origina la privación de la libertad de una persona, la prisión preventiva puede decirse que se divide en dos períodos: el primero que abarca antes de que se le dicta el auto constitucional y el segundo que inicia cuando se le dicta el auto de formal prisión y finaliza cuando la sentencia queda firme y ejecutoriada, es decir a disposición del poder ejecutivo”.

Asimismo, debemos resaltar la relevancia que adquiere el concepto de la readaptación social, misma que como ya lo hemos anotado en el capítulo primero de esta investigación, no puede seguir siendo

² Andrés Martínez, Gerónimo Miguel. *Derecho Penitenciario (Federal y Estatal), Prisión y Control Social*, México, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2007, pág. 73.

considerada como aquel fundamento que justifica la existencia de la pena de prisión en virtud de la crisis en la que ésta se encuentra.

A nivel normativo, la readaptación social se prescribe como un objetivo del sistema penitenciario cuya consecución se logra a partir de tres elementos: el trabajo, la capacitación para éste y la educación³. Con esos tres medios se pretende que los individuos sujetos a compurgar una pena privativa de libertad se reintegren nuevamente a la sociedad.

Aún y cuando el texto constitucional no lo dice, estos tres elementos asumen un carácter formativo de conciencia social en los individuos y requieren que al interior de los centros penitenciarios se instrumenten, tanto acciones como estructuras, que permitan a los reos incorporarse a actividades laborales, obtener los conocimientos técnicos necesarios para alguna de esas actividades, así como recibir educación.

Aunado a lo anterior se hace mención expresa de un régimen que atiende a la calidad de los individuos, respecto del estado que guarden los procesos penales, en tanto dispone la separación entre procesados y sentenciados. Esta división obedece principalmente a la necesidad de mantener una separación entre aquellos individuos que han sido encontrados como penalmente responsables de la comisión de un delito, y quienes se encuentran en el proceso penal que habrá de determinar su situación jurídica penal, dado que el carácter de reclusión que se atribuye a sentenciados es Para el cumplimiento material de una pena,

³ Aún y cuando la reforma constitucional del dieciocho de junio de dos mil ocho agregó a la salud y al deporte, como elementos para establecer el sistema penitenciario, éstos no encuentran referente en la legislación secundaria vigente.

mientras que en el caso de los procesados no se determina aún la responsabilidad penal en la comisión del delito. Como es obvio al contrastar esta previsión ante la situación real de las prisiones, no existe observancia respecto de ello. Adicionalmente, en lo relativo a género, la constitución prescribe la separación de hombres y mujeres, procurando atender a las características especiales de cada individuo.

Como reflejo del problema en el que se encuentran las entidades federativas respecto a la falta de financiamiento para construir instituciones penitenciarias, en el citado artículo se contempla la posibilidad de celebrar convenios para que los presos por delitos del orden común compurguen sus sentencias en establecimientos federales. Sin embargo, Emma Mendoza Bremauntz⁴, considera que "esta solución ha sido un tanto ficticia por bastante tiempo en virtud de que a excepción de la Colonia Penal de las Islas Marías, la Federación careció de instituciones propias, siendo las instituciones de los estados las que han recibido a los presos federales".

En lo que se refiere a la disposición relativa a las instituciones para menores infractores, no se entra a su estudio toda vez que el enfoque de este trabajo es diverso a dicha materia.

En lo relativo al párrafo séptimo del artículo 18 constitucional, encontramos que de éste surge la posibilidad de que entre México y otros países se suscriban tratados bilaterales que permitan el intercambio de sentenciados, a efecto de que los presos, puedan

⁴ Mendoza Bremauntz, Emma. *Derecho Penitenciario*, México, Mc Graw Hill, 1998, pág. 209.

compurgar sus penas en sus lugares de origen con la pretensión de lograr una mejor readaptación, cerca de sus familias y costumbres. Respecto de la formulación y firma de los referidos tratados bilaterales se abordará más adelante.

Además del artículo 18 constitucional existen otros artículos de nuestra Carta Magna que hacen referencia a la ejecución penal. Tal es el caso del artículo 5º, mismo que contiene una referencia al trabajo como pena, al mencionar su párrafo tercero que: "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento; salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123. De dicho precepto cabe destacar que la imposición del trabajo como pena requiere necesariamente que ésta provenga de una autoridad judicial, asimismo es posible observar que, no obstante que se trata de un castigo que será impuesto ante la comisión de un hecho considerado por las leyes penales como delito, éste ya no posee las características crueles e inhumanas de los trabajos forzados, encontrando un sustento de ello con la remisión que se hace al artículo 123 constitucional.

El artículo 20, Apartado B, fracción IX⁵ del mismo ordenamiento, referido a los derechos de toda persona imputada contiene diversas previsiones, primero, la prohibición de prolongar la prisión por falta de pago de honorarios de los defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o cualquier otro motivo semejante. Otro de los aspectos, contenidos en la reforma del dieciocho

⁵ Conforme al texto reformado.

de junio de dos mil ocho, se refiere a la prohibición de prolongar la prisión preventiva por más tiempo del máximo fijado por la ley al delito por el que se procese al acusado y que en ningún caso deberá ser superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término el órgano jurisdiccional no pronuncia la sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. No obstante, este es uno de los aspectos que en el régimen transitorio de la reforma se encuentran sujetos a la *vacatio legis* establecida en el Transitorio Segundo que señala:

“Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos **16**, párrafos segundo y decimotercero; **17**, párrafos tercero, cuarto y sexto; **19; 20 y 21**, párrafo séptimo, de la Constitución, **entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años**, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, **los poderes u órgano legislativos** competentes **deberán emitir**, asimismo, una **declaratoria** que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente **que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos** y, en consecuencia, **que las**

garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales.”⁶
(Énfasis añadido)

⁶ Se trata en sentido estricto de un sistema procesal (**sistema procesal penal acusatorio**), cuya observancia se encuentra sujeta a la entrada en vigor de la legislación secundaria, la cual deberá expedirse en un plazo que no exceda de ocho años contados a partir del diecinueve de junio de 2008. Cabe resaltar que por virtud de esta disposición **el sistema penal se encuentra regulado en** los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución.

Dado que se trata de un sistema procesal, la obligación de expedición de las reformas correspondientes se encuentra referida a la Federación y a las entidades federativas.

La adopción de dicho sistema se encuentra sujeta a modalidades regionales o por tipo de delito.

También **existe una obligación para los órganos legislativos de la Federación y de las entidades federativas**, según se trate de fuero federal o común, de emitir una declaratoria que señale que el sistema procesal penal acusatorio se incorporó en los ordenamientos y que las garantías que importa dicho sistema empezarán a regular forma y términos de los procedimientos penales.

En este sentido, podría entenderse que la *vacatio legis* está sujeta a tres condiciones:

- Una de carácter temporal referida a los ocho años contados a partir del día siguiente de la expedición de la reforma,
- Otra de carácter legislativo, que implica la adecuación de los ordenamientos procesales de la Federación y de las entidades federativas, y
- La emisión de una declaratoria (no prevista por los artículos que establecen los procesos legislativos federal o local, sino sólo por un transitorio de la Carta Federal).

Por último el artículo 20, Apartado B, fracción IX⁷ constitucional se refiere que en todos los casos en que se imponga una pena de prisión, deberá computarse el tiempo de la detención para sumarlo al transcurrido después de haber sido sentenciado el acusado.

Finalmente, en el texto del artículo 22 constitucional encontramos que éste prohíbe expresamente, entre otras, las penas de mutilación e infamia, las marcas, azotes, palos, tormentos, y cualquier otra pena inusitada y trascendental. Al respecto podemos mencionar que tal prohibición no es respetada en los centros de reclusión ya que los internos de éstos han denunciado diferentes formas de maltrato, entre ellas golpes y hasta prácticas de tortura como la suspensión del sueño, la incomunicación o la adopción obligada de posturas dolorosas. Asimismo, han denunciado la existencia de agresiones como

No obstante, pareciera que la *observancia de las garantías* se sujeta a la emisión de la declaratoria. Sin embargo, se considera que la declaratoria no tiene ninguna naturaleza jurídico-legislativa, ya que los ordenamientos procesales entrarán en vigor en los términos de sus respectivos transitorios. En todo caso, la declaratoria sólo tiene efectos de publicar los efectos de regulación de dichos ordenamientos.

En todo caso, el transitorio considera que el inicio de vigencia de las garantías contenidas en el sistema procesal comenzarán a surtir efectos una vez que se encuentren vigentes las reformas que implicarán la substanciación de los procedimientos penales.

Es por ello que la trascendencia de los términos del transitorio se encuentra sujeta a determinar, en todo caso, cuales de las garantías consagradas en la reforma tienen una vinculación directa con elementos procesales.

⁷ Conforme al texto reformado.

intimidación, insultos, o bien, el ruido que impide el descanso⁸. Además de lo señalado podemos referir que la pena de prisión siempre es trascendental en virtud de que además de afectar al interno se afecta a sus familiares y a todos aquellos que mantienen cualquier relación con ellos, en tanto el círculo vicioso que se genera entre el abuso económico, tanto de reos como de custodios, exige a los familiares del reo proveer alguna cantidad que sustraiga al preso de abuso físico.

3.3. Previsiones Internacionales.

Las normas generales que sustentan y regulan el sistema penitenciario, además de ser de carácter nacional y estatal, son de carácter internacional, encontrándose dentro de este rubro la siguiente normatividad.

3.3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual contiene el compromiso de los estados miembros de asegurar, con la participación de la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, porque consideran esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho.

⁸ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, "Seguridad y Custodia", Informe especial sobre la situación de los centros de reclusión en el Distrito Federal, México, 2005, pág. 160.

De los treinta artículos que contiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consideramos que el siguiente se encuentra ampliamente vinculado con la situación tan grave por la cual atraviesa el sistema penitenciario mexicano:

“Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Sin embargo como ya se mencionó al momento de analizar el artículo 22 de la Constitución, actos en contra de esta prohibición constantemente son practicadas al interior de los centros de reclusión, siendo objeto los internos de diversos maltratos tanto por los custodios como por sus mismos compañeros de reclusión.

3.3.2. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

En el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, se adoptaron las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 en la resolución 663C (XXIV) y el 13 de mayo de 1977 en la resolución 2076 (LXII).

Dichas Reglas constituyen el conjunto de principios y normas que se deberán observar para una adecuada organización penitenciaria y tratamiento de los reclusos, siendo consideradas por la Organización de la Naciones Unidas como las condiciones mínimas admitidas.

Este instrumento se encuentra dividido en tres apartados, que son los siguientes:

- I. Observaciones preliminares, en el cual se señalan las reglas de aplicación general, dentro de las que encontramos:
 - En virtud de las distintas condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes, no es posible aplicar todas las reglas en todas partes y en todo el mundo, sin embargo, son las condiciones mínimas que se deben alcanzar.
 - La administración penitenciaria podrá siempre autorizar cualquier excepción a las reglas que se sustenten en experiencias y prácticas que sean acordes a los principios y propósitos de estas reglas, lo que permite que evolucionen de forma continua.
- II. Primera parte, misma que contiene las reglas para la administración general de los establecimientos penitenciarios, las que son aplicables a cualquiera de éstos sin importar la categoría de los reclusos, criminales o civiles, en prisión preventiva o condenados, incluso a los que sean objeto de una medida de seguridad o de una medida de reeducación ordenada por el juez.
- III. Segunda parte, que establece las reglas aplicables a categorías especiales de reclusos y que contiene las normas específicas para los distintos tipos de éstos, que son: a) condenados; b) alienados y enfermos mentales; c) detenidos o en prisión preventiva; d)

sentenciados por deudas o a prisión civil, y e) detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra.

3.3.3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Este Pacto Internacional fue aprobado mediante la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

El acuerdo contempla algunos principios que sustentan el sistema penitenciario, entre los que se encuentran los siguientes:

- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio, excepto en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañado de trabajos forzados, o el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;
- Toda persona privada de su libertad será tratada de forma humana y con el respeto debido a la dignidad inherente a su ser;
- Los procesados serán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;
- El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los

adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

3.3.4. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas.

Esta convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984.

De este documento se desprenden, entre otras, las siguientes obligaciones de los Estados parte, con relación al Sistema Penitenciario:

- Tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción;
- No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura;
- Velar porque se incluya una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, interrogatorio, o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión;
- Mantener sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en

cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

3.3.5. Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros.

Durante la celebración del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que tuvo lugar en Milán, surge un Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros y unas recomendaciones sobre el tratamiento de los mismos.

Dicho modelo surgió con la finalidad de hacer más efectiva la readaptación de reos extranjeros que hayan sido sentenciados y apresados en un país distinto a aquel en que nacieron y crecieron, surgiendo con ello la posibilidad de que cumplan su sentencia en los lugares en los que tienen mayor arraigo.

Este Acuerdo, contiene los procedimientos que habrán de seguirse para el traslado de reclusos a su país de origen; en él también se incluyó una serie de recomendaciones relativas al tratamiento de reclusos extranjeros, haciéndose una invitación a los Estados miembros para establecer tratados con otros Estados miembros o revisar los vigentes.

La posibilidad de hacer efectivo este traslado de prisioneros está contemplada en el artículo 18 constitucional anteriormente comentado. Para ello será necesario que tanto México como cualquier otro país manifiesten su interés en permitir que sus nacionales sentenciados en

país diverso al de su origen, cumplan la pena de prisión que les haya sido impuesta en lugares que les faciliten el contacto con su familia y su medio cultural, induciendo así una mejor readaptación.

3.3.6. Tratados en materia de ejecución penal.

México, en materia de ejecución de sentencias penales, ha firmado los siguientes tratados internacionales con los países que a continuación se enuncian:

- Tratado entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de Honduras sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 2004;
- Convenio Sobre Ejecución de Sentencias Penales entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República del Perú, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero 2004;
- Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Nicaragua sobre la Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de junio de 2001;
- Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Venezuela Sobre Ejecución de

Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 1998;

- Tratado entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de Cuba sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 1997;
- Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de El Salvador sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de marzo de 1995;
- Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, aprobado por el Senado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 1992.
- Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Panamá sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de julio de 1980;
- Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y Canadá sobre la Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1979.

- Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de noviembre de 1977.

Los tratados enumerados señalan condiciones muy semejantes para su aplicabilidad, entre las que encontramos las siguientes:

- a) Que el delito por el cual se sentenció al sujeto que intenta trasladarse, sea considerado delito también en el país receptor;
- b) Que el reo no esté domiciliado en el Estado trasladante;
- c) Que no se trate de un delito político;
- d) Que lo que falte de cumplirse de la pena de prisión sea por lo menos de seis meses;
- e) Que no haya ningún procedimiento legal pendiente de resolución en el Estado trasladante.

La firma de estos tratados posee relevancia, ya que con ello se reitera la política que respecto a los fines de la pena establece nuestra Constitución, ya que con el intercambio de prisioneros y en general de personas sentenciadas o acusadas de algún delito, se pretende que éstos cumplan la pena que les haya sido impuesta ante la comisión de un delito en su lugar de origen, cerca de sus familiares o cuando menos, en el contexto cultural en el que se desarrollaron.

3.4. Derivaciones Ejecutivas de la Pena de Prisión en México.

Como señalamos con anterioridad la previsión legal de la pena de prisión en México se encuentra reglamentada en el Código Penal Federal.

Respecto de la extinción de penas de prisión en México, el Código Penal Federal prevé en su artículo 25 que:

“La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

La privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión. En este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea.”

Aunado a lo anterior, el artículo 26 del ordenamiento referido establece que “los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos, serán reclusos en establecimientos o departamentos especiales”.

Como podemos observar, y dado que la prisión es una pena, sólo se impone con este carácter a personas sentenciadas, ya que quienes tienen el carácter de procesados deberán ser reclusos, pero este aislamiento tiene el carácter de prisión preventiva que, al menos en la previsión legal, ocurre en establecimientos o departamentos especiales.

3.5. Previsiones Legales en Materia de Ejecución Penal.

3.5.1. Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

Con la publicación de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, en el Diario Oficial de la Federación el 19 de mayo de 1971, se reconoció la necesidad de contar no sólo con una ley penal sustantiva y una ley de procedimientos penales, sino también con una ley de ejecución penal que tratara todo lo relativo al manejo de aquellas personas que han cometido algún delito y por lo tanto fueron sentenciados a pena de prisión, con el fin de orientar en el aspecto técnico penitenciario y en los demás que se enuncian en sus diferentes capítulos a las entidades federativas en la adopción de un régimen progresivo técnico, congruente con las aspiraciones constitucionales.

Dicha ley se constituye por seis capítulos, siendo éstos los que a continuación se enuncian:

- El primero, relativo a las finalidades de la ley, estableciendo como principal la organización del sistema penitenciario en la República, en los términos precisados en los artículos contenidos en la misma;
- El segundo, que se ocupa del personal penitenciario, expresando que para su designación se tomará en cuenta la vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales de los candidatos; esta ley es consciente de lo indispensable que resulta que el personal

penitenciario tenga vocación de servicio, imponiendo por esta razón la obligación de realizar cursos para la formación y profesionalización de éstos grupos. Sin embargo, cabe destacar que estos requisitos en la práctica por lo general no se cumplen; en relación a esto la Dirección General Prevención y Readaptación Social señaló que respecto del nivel de instrucción del personal de seguridad y custodia, alrededor de las dos terceras partes de este grupo cuenta con un nivel educativo de secundaria, y una tercera parte con preparatoria. Entre estas aproximaciones, existe un tres por ciento del personal que cuenta con nivel de licenciatura. Asimismo se ha obtenido información de que más del cincuenta por ciento de ese personal preferiría desempeñarse en otro tipo de trabajo, ya que nueve de cada diez consideran que las funciones encomendadas son de alto riesgo⁹. De lo anterior es posible observar que el personal que desempeña las funciones de seguridad y custodia no es el idóneo, con lo cual se ignoran las verdaderas necesidades de las cárceles, obstaculizando con ello la consecución de mejores oportunidades de cambio a los internos;

- El tercero hace referencia al sistema, mencionando que el tratamiento que se proporcione será individualizado y multidisciplinario para la reincorporación social del sujeto, en razón de sus circunstancias personales, las condiciones del medio y las posibilidades presupuestales. Además se hace referencia a la clasificación de los reos en instituciones especializadas como las de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos, e instituciones abiertas, con lo cual se enuncian los principales tipos de establecimientos carcelarios, reiterándose también lo previsto en el

⁹ *Ibidem*, pág. 147.

artículo 18 constitucional en cuanto a la ubicación de los sujetos en lugares distintos a la prisión preventiva, para las mujeres, los menores infractores y los sentenciados.

Continúa señalando que el régimen progresivo y técnico debe constar, por lo menos de periodos de estudio, diagnóstico y de tratamiento, dividiendo este último en dos fases: en clasificación y preliberacional, basados en los estudios de personalidad que serán actualizados periódicamente.

El tratamiento preliberacional tiene como finalidad preparar al interno para su retorno a la libertad, trata de capacitarlo para enfrentar un sistema de vida diferente al que tuvo durante los años que se encontró en prisión. Dicho tratamiento podrá comprender:

- I. Información y orientación especiales y discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad;
- II. Métodos colectivos;
- III. Concesión de mayor libertad dentro del establecimiento;
- IV. Traslado a institución abierta, y
- V. Permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna o bien salida en días hábiles con reclusión de fin de semana.

Asimismo en dicho capítulo se abre la posibilidad del trabajo remunerado, aunque parte del mismo posee los efectos de la reparación del daño. Además en el capítulo en cuestión se hace alusión a la

educación, que deberá ser no sólo académica sino cívica, higiénica, artística, física y ética, debiendo estar orientada por las técnicas de la pedagogía correctiva y preferentemente a cargo de maestros especializados.

Las cuestiones relativas a la educación constituyen un elemento fundamental para el manejo de los internos, sin que se le de la debida importancia.

Esta ley también hace referencia a las relaciones del interno con personas convenientes en el exterior, situación que posee una gran relevancia, porque muy probablemente el contacto con familiares y amistades induce conductas y actividades positivas en los reos. Por ello el control de las visitas debe estar en manos del área de trabajo social y no como frecuentemente sucede, en las del personal de custodia, que tiene características e intereses diferentes. En este sentido igualmente se habla de lo relativo a la visita íntima, cuya finalidad principal es el mantenimiento de las relaciones maritales en forma sana y moral, permitiendo además del contacto sexual, un intercambio íntimo de preocupaciones y cuestiones familiares, proporcionándose con ello al interno mayor tranquilidad para el desarrollo de sus actividades en la prisión.

El capítulo en comento de la Ley de Normas Mínimas concluye ordenando favorecer el desarrollo de todas las medidas de tratamiento compatibles con el régimen establecido en la ley, en los convenios y de acuerdo a las circunstancias, de la localidad en que se encuentre el establecimiento y las propias de los internos.

- El capítulo cuarto hace mención de la asistencia a liberados, imponiendo la creación de órganos que brinden apoyo a los excarcelados para su real y efectiva readaptación social;
- En el capítulo quinto se trata todo lo relativo a la remisión parcial de la pena misma que consiste en reducir un día de la pena que haya sido impuesta por cada dos que se trabajen, mostrando con ello, en palabras de Rosendo Gómez Piedra¹⁰ "la clara ideología del trabajo como medio educativo y socializante o al menos como estímulo para la reducción de la sanción".
- El capítulo final de la Ley que se analiza se titula "Normas instrumentales", en éste es posible observar que la aplicación de la misma es meramente administrativa , siendo imposible que sobrepase los límites que sean fijados por la autoridad judicial en la sentencia condenatoria , así como las propias disposiciones que se encuentren contenidas su cuerpo normativo.
- Por último señalaremos que en los artículos transitorios se dispone la derogación de las disposiciones que se opongan a la Ley de Normas Mínimas, cuya vigencia en los estados se determinará en los convenios que se mencionan reiteradamente en el texto. Además de prevenir que la vigencia sobre tratamiento preliberacional y remisión parcial de la pena, previstas en los artículos 17 y 15 respectivamente, se iniciará a partir de la instalación de los Consejos Técnicos correspondientes y que para efectos de la remisión, sólo se tendrá en cuenta el tiempo

¹⁰ Gómez Piedra, Rosendo. *La judicialización penitenciaria en México*, México, Porrúa, 2006, pág. 74.

transcurrido a partir de la fecha en que entren en vigor las prevenciones mencionadas.

3.5.2. Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal.

Las entidades federativas de la República Mexicana han generado sus propias leyes relativas a la ejecución penal, mismas que han seguido el modelo de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. En este sentido, solamente se analizará brevemente el contenido de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal.

Esta Ley, fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 17 de septiembre de 1999, su aplicación corresponde al Jefe de Gobierno por conducto de la Secretaria de Gobierno del Distrito Federal.

Define que el proceso de readaptación de los internos se basará en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

Señala que a todo indiciado, procesado, reclamado o sentenciado que ingrese a una Institución del Sistema Penitenciario del Distrito Federal, se le respetará su dignidad personal, salvaguardando sus derechos humanos, por lo que se le dará el trato y tratamiento correspondientes conforme a las disposiciones constitucionales, leyes y tratados aplicables en la materia.

Asimismo, determina que para la ejecución de las sanciones privativas de la libertad, se establecerá un régimen progresivo y técnico tendiente a alcanzar la readaptación social del sentenciado. Constará por lo menos de dos periodos: El primero, de estudio y diagnóstico, y el segundo, de tratamiento, dividido este último, en fases de tratamiento en internación, externación, preliberacional y postpenitenciario. Como consecuencia de esta disposición establece que la readaptación social tiene por objeto colocar al sentenciado ejecutoriado en condiciones de no delinquir nuevamente¹¹.

Precisa además que las instituciones que integran el Sistema Penitenciario del Distrito Federal se clasificarán en varoniles y femeniles, para procesados y sentenciados, de alta, media, baja y mínima seguridad, en base a su construcción y régimen interno; con excepción de las instituciones de rehabilitación psicosocial y de asistencia postpenitenciaria, en lo relativo a la seguridad.

Adicionalmente hace referencia a los concesión, negativa y suspensión, de los sustitutivos penales, al tratamiento en externación, al beneficio de Reclusión Domiciliaria mediante el Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia y a los beneficio de libertad anticipada.

¹¹ A este respecto conviene señalar que el artículo 45 de la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado de México señala que “la finalidad inmediata del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, será la de modificar las tendencias e inclinaciones antisociales de los internos, así como facilitar la adquisición de conocimientos que puedan serles útiles en su vida libre”.

Determina, las causas de extinción, entre otras, de las penas privativas de libertad y por último hace referencia a las instituciones de asistencia social a liberados, estableciendo que existirá una Institución que preste asistencia y atención a los liberados y externados, la que procurará hacer efectiva la reinserción social, coordinándose con Organismos de la Administración Pública y/o no Gubernamentales.

3.6. Unidades Administrativas Competentes.

Toda vez que la ejecución de las sentencias penales es competencia del Poder Ejecutivo, resulta necesario hacer referencia a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, pues en ella se contienen las bases de organización de ésta, señalando entre la diversidad de facultades y responsabilidades de las dependencias del Ejecutivo Federal aquellas que se relacionan con la Secretaría de Seguridad Pública como órgano rector en materia de ejecución de penas y del sistema nacional penitenciario.

De conformidad con el artículo 30 Bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, a la Secretaria de Seguridad Pública le corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

“I. Desarrollar las políticas de seguridad pública y proponer la política criminal en el ámbito federal, que comprenda las normas, instrumentos y acciones para prevenir de manera eficaz la comisión de delitos;

II. Proponer al Ejecutivo Federal las medidas que garanticen la congruencia de la política criminal entre las dependencias de la administración pública federal;

XIII. Establecer un sistema destinado a obtener, analizar, estudiar y procesar información para la prevención de delitos, mediante métodos que garanticen el estricto respeto a los derechos humanos;

XIV. Elaborar y difundir estudios multidisciplinarios y estadísticas sobre el fenómeno delictivo;

XV. Efectuar, en coordinación con la Procuraduría General de la República, estudios sobre los actos delictivos no denunciados e incorporar esta variable en el diseño de las políticas en materia de prevención del delito;

XXIII. Ejecutar las penas por delitos del orden federal y administrar el sistema federal penitenciario; así como organizar y dirigir las actividades de apoyo a liberados;

XXIV. Participar, conforme a los tratados respectivos, en el traslado de los reos a que se refiere el quinto párrafo del artículo 18 constitucional;”

Por otra parte, en términos de los artículos 3, fracción XXV y 36 del Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública, ésta contará para el estudio, planeación y despacho de los asuntos de su competencia, además de otros, con el órgano administrativo desconcentrado Prevención y Readaptación Social, mismo que entre sus funciones, tiene las de establecer los lineamientos para organizar el Programa Nacional Penitenciario y abatir los niveles de delincuencia en el país, la correcta aplicación de la ejecución de las penas, observar los derechos humanos de los internos en los centros de reclusión, valorar y en su caso otorgar las libertades anticipadas que señala la propia ley, tales como la preparatoria, condicional, la remisión parcial de la pena, el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad.

3.7. Reglamentos de los Centros de Reclusión en México.

A efecto de estar en posibilidades de aproximarse más a los problemas que día a día se viven en las prisiones, resulta necesaria la creación de una norma que permita abordar con mayor detalle las situaciones que de manera general se prevén en la ley sirviéndose para ello de los reglamentos.

Actualmente se encuentra en vigor, aun con las limitaciones que imponen la corrupción, la carencia de personal, de presupuesto y de conocimientos el Reglamento correspondiente a los Centros Federales de Readaptación Social, independientemente de los vigentes en las instituciones de las entidades federativas.

Resulta de interés hacer una breve descripción del reglamento de los centros arriba mencionados, que se puede considerar como representativo en lo que se refiere a la ejecución de la pena de prisión en México, pues si bien existen reglamentos e instructivos en varias de las prisiones existentes actualmente en México, éste posee muchos de los aspectos contenidos en cada uno de los Reglamentos de los estados.

Este reglamento fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1991 y consta de once capítulos, siendo éstos:

- I. Disposiciones generales;
- II. Del ingreso y egreso de internos;
- III. Del tratamiento progresivo y técnico;
- IV. De las visitas;

- V. De los servicios médicos;
- VI. De las autoridades;
- VII. Del Consejo Técnico Interdisciplinario;
- VIII. De los servicios técnicos;
- IX. Del personal;
- X. Del régimen interior, y
- XI. De las correcciones disciplinarias.

La construcción de los Centros Federales de Readaptación Social ha permitido, por lo menos en teoría, dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 18 de nuestra carta magna en lo relativo a la existencia de instituciones federales de readaptación social en las cuales pudieran compurgar la pena que les hubiera sido impuesta tanto los reos de delitos federales y los sentenciados del orden común de los estados mediante convenio con la Federación.

En un principio se tuvo previsto que estos penales federales sirvieran como centros de readaptación social, ésto es, como instituciones penitenciarias para compurgar sentencias penales y sujetar a sus internos a tratamientos de readaptación social, sin embargo el artículo 26 del Reglamento que se analiza, en sus incisos A) fracción I y B, fracción I, considera que para el ingreso o permanencia de internos en estos centros se requiere que éstos sean “procesados o sentenciados”.

Se trata de instituciones que requieren de un manejo estricto donde debe predominar la disciplina, el orden y la seguridad de quienes en ellos se encuentren; por ello resulta necesario atender a ciertos criterios

de selección, los cuales se encuentran precisados en el numeral referido que a la letra dice:

“Artículo 26.- Para el ingreso o permanencia de internos en el Centro Federal, se observará lo siguiente:

A) En seguridad máxima:

I. Ser procesado o sentenciado por delito o delitos considerados como graves en términos del Código Federal de Procedimientos Penales;

II. Que de conformidad con los estudios que se les practiquen por parte del Centro Federal, no manifiesten signos o síntomas psicóticos, ni padezcan enfermedades en fase terminal, y

III. Que reúnan las características de alta peligrosidad del Perfil Clínico Criminológico o que por su entorno personal pongan en riesgo la seguridad del establecimiento penitenciario donde se encuentren reclusos; en este último caso, tratándose de procesados, deberá darse cumplimiento a las disposiciones aplicables con relación al proceso.

Los internos por delitos graves del fuero común podrán ser ingresados de manera excepcional, siempre que, de acuerdo con el estudio clínico-criminológico o de personalidad que practique la autoridad competente y previa valoración del propio Centro Federal, se acredite lo establecido en las fracciones II y III de este apartado. De la misma forma se procederá en el caso de detenidos con fines de extradición.

B) En seguridad media:

I. Ser procesado o sentenciado por delito o delitos del orden federal;

II. Que de conformidad con los estudios practicados, o que se les practiquen por parte del Centro Federal, no manifiesten signos o síntomas psicóticos, ni padezcan enfermedades en fase terminal, y

III. Que reúnan las características de peligrosidad media del Perfil Clínico Criminológico.

Excepcionalmente y previa solicitud de la autoridad competente, podrá aceptarse el ingreso de procesados o sentenciados del fuero común de acuerdo

con el estudio clínico-criminológico o de personalidad que acredite su peligrosidad media, previa valoración del Centro Federal. De la misma forma se procederá en el caso de detenidos con fines de extradición.

Los procesados o sentenciados del fuero federal que no se ubiquen en los supuestos a que se refiere este artículo, ingresarán y permanecerán en los centros a que se refiere el artículo 3 de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.”

Además de lo anterior en el reglamento se habla de manuales, en los que se tratan aspectos relativos a los derechos y obligaciones de los internos, a la entrega de objetos, ropa y bienes de valor que el interno no pueda retener, a los lugares en los que pueden transitar tanto el personal del Centro Federal como las visitas, al vestuario y ropa de cama que deberán recibir los reos, a sus estímulos, y en general al régimen interno del centro.

En nuestra opinión el contenido de estos manuales debería constituir parte del texto de las leyes y reglamentos y no de simples instrumentos que pueden ser modificados con toda libertad por el órgano desconcentrado Prevención y Readaptación Social, generándose con ello abusos tanto en contra de los internos como de sus familiares y de todas aquellas personas que los visiten

Asimismo el reglamento contempla cuestiones relacionadas con la asignación de actividades laborales comentándose que se regirán por su estudio clínico-criminológico o de personalidad, su clasificación, aptitudes, conocimientos, intereses, habilidades y la respuesta al tratamiento asignado, de acuerdo con las posibilidades institucionales, y

se realizarán en los talleres y horarios señalados en el Manual correspondiente.

Lo anterior pareciera que condiciona el otorgamiento de trabajo a los internos en atención a la respuesta que éste dé al tratamiento, lo cual resulta contradictorio con el párrafo segundo del artículo 18 constitucional en el que se habla que serán el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación los medios a través de los cuales se deberá lograr la readaptación social del delincuente, lo cual se confirma con el texto del artículo 40 del propio Reglamento en el cual se refiere que las actividades laborales y la capacitación para el trabajo son actividades técnicas tendientes, entre otras cosas, a que el interno se prepare adecuadamente para su reincorporación a la sociedad.

Por cuestiones de organización y seguridad, en los artículos 60 y 63 del Reglamento encontramos disposiciones relativas a que los internos deberán desarrollar actividades tales como transitar y acudir al comedor en los horarios establecidos para tal efecto.

El artículo 64 dispone que “los internos que puedan vulnerar la seguridad del Centro Federal, que tengan amenazada su integridad física o que representen un peligro para la población interna, deberán permanecer en el área de tratamientos especiales cuando así lo determine el Consejo”.

Este reglamento, en términos generales, regula entre otros aspectos, las bases para el tratamiento de los procesados y/o sentenciados, así como la organización de los Centros Federales de Readaptación Social.

3.8. Previsiones de observancia interna no establecidas jurídicamente.

Hasta ahora hemos hablado de todos aquellos instrumentos jurídicos que debieran regular todo lo relativo al ámbito penitenciario, sin embargo además de las leyes, códigos y reglamentos anteriormente analizados, y los cuales parecen ser sólo un cúmulo de buenas intenciones, dentro de las prisiones existen determinadas costumbres que rigen la vida cotidiana de los internos, mismas que derivan de diversos factores, tales como la duración de la pena que deban cumplir, su peligrosidad, el nivel socioeconómico y cultural que posean, el tipo de personas con las cuales mantenga contacto en el exterior e incluso las relaciones que han sido fomentadas en el propio interior, ya sea con los mismos internos, o bien, con las autoridades penitenciarias.

Las leyes no escritas de la cárcel están sustentadas en las costumbres, de donde se deriva un código de valores, las cuales descansan sobre varios principios básicos. Laura Angélica Gutiérrez Ruiz¹², distingue cuatro de éstos:

1. No afectar o traicionar a los compañeros, en base al principio de lealtad, solidaridad y cohesión de grupo.
2. Obstaculizar la labor del personal penitenciario, preferentemente atacando el "principio de autoridad".
3. Obtener a través de la manipulación condiciones de privilegios y beneficios dentro del establecimiento, como ejemplo resaltan:

¹² Citada por Roldán Quiñones, Luis Fernando y Hernández Bringas, M. Alejandro. *Reforma Penitenciaria Integral. El paradigma Mexicano*, México, Porrúa, 1999, pág. 23.

control de negocios, reclasificaciones o zonas privilegiadas, facilidades para las visitas familiares e íntimas, alternativas preliberacionales, etc.

4. La sociedad de reclusos es autoritaria y rígida, y posee una estructura jerárquica. En todas las instituciones existe un grupo de dirigentes.

Cuando alguno de los internos incumple cualquiera de los anteriores principios son víctimas de determinados castigos, tales como severas golpizas, pudiendo inclusive, perder la vida. Son los reos que han ingresado a prisión en diversas ocasiones o aquellos que han sido condenados a cumplir largas sentencias quienes suelen actuar con más violencia puesto que no poseen el anhelo de que algún día puedan alcanzar su libertad; estos internos comienzan a formar un grupo de poder que podemos denominar "autogobierno", grupo que con apoyo de los servidores públicos, en especial por elementos de seguridad y custodia comienzan a realizar funciones que solamente les competen a las autoridades, tales como la asignación de estancias a los internos de nuevo ingreso; la vigilancia del orden; la aplicación de sanciones disciplinarias; la realización de la limpieza del centro ("fajina" o "faena"); la organización de actividades laborales, educativas y recreativas; el acceso al servicio médico, así como a la visita familiar y conyugal; todo ello mediante la exigencia de diversas cantidades de dinero. Aunado a lo anterior, estos grupos también realizan cobros para brindar seguridad y garantizar la integridad física de otros reclusos, así como de familiares que los visitan¹³.

¹³ Cfr. "Cárceles y Derechos Humanos en México", *Renglones*, Zapopán, Jalisco, año 19, núms. 58-59, noviembre de 2004- abril de 2005, pág.59.

Lo anterior, hace evidente que en las prisiones es común encontrarnos con la realización de cobros indebidos, tanto por parte de los propios internos como de las mismas autoridades encargadas de vigilar su buen funcionamiento, ya que se exige dinero por la prestación de servicios que el establecimiento debe proporcionar de manera gratuita o para eximirlos del cumplimiento de las obligaciones que la reglamentación correspondiente les impone por su calidad de reclusos. En tales circunstancias, las autoridades o los miembros del “autogobierno” realizan cobros por permitir el uso del teléfono público; por el pase de lista o bien, por justificar inasistencias al pase de ésta, por eximir a los reclusos de las labores de limpieza; por ocupar las estancias de visita íntima; por el acceso al servicio médico o a otras áreas del establecimiento, y por ingresar los materiales necesarios para la realización de artesanías, entre otros. En algunos establecimientos es tal el control que estos internos tienen que el personal de seguridad y custodia no tiene presencia en dormitorios y áreas comunes, y sólo realiza funciones de vigilancia en el perímetro del centro¹⁴.

Además de lo señalado, nos encontramos con que para que un interno de nuevo ingreso sea aceptado en una celda deberá solicitarlo a la “mamá”¹⁵, pues la clasificación que el Consejo Técnico Interdisciplinario realice a este respecto, y por lo tanto la asignación de un espacio en el dormitorio es letra muerta, toda vez que generalmente será aceptado

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ La “mamá” es el interno más antiguo en una celda y quien organiza la vida dentro de ella. Tiene la capacidad para dictar las normas que rigen la convivencia en una celda. Parrini Roses, Rodrigo. *Panópticos y Laberintos. Subjetivación, deseo y corporalidad en una cárcel de hombres*, México, El Colegio de México, 2007, pág. 103.

después de entregar algunos artículos de consumo colectivo y de realizar la “talacha” (o pagar para que otros la realicen) hasta que llegue otro interno que lo releve¹⁶.

Para mayor abundamiento de lo señalado sirva lo referido por la Doctora Herlinda Enriquez Rubio Hernández¹⁷, en su obra “El pluralismo Jurídico Intracarcelario”, en donde mencionó que dentro de las cárceles, existe, entre otros, un sistema normativo que se distingue especialmente por ser creado por internos y para ser aplicado entre ellos. Refiere que éste sistema es consuetudinario y abarca los ámbitos de lo civil, lo mercantil y lo penal en virtud de que regula de manera extraoficial las actividades diarias entre los internos; fija los requisitos para determinar el estatus de cada interno dentro de la jerarquía carcelaria; regula las actividades mercantiles o comerciales intramuros y sanciona a quienes violan las normas, incluyendo para que se pueda constatar lo dicho un registro de datos en un cuadro relativo a los bienes y servicios que se proporcionan por vías extraoficiales, y de los cuales sólo se hace referencia a algunos de los mencionados, siendo éstos los siguientes:

- Alimentos y bebidas del exterior. Los alimentos que introduzca la visita y se dejen al interno son compartidos dentro de las celdas con los más allegados;

¹⁶ Roldán Quiñones, Luis Fernando y Hernández Bringas, M. Alejandro. *Op. cit.*, pág. 23.

¹⁷ Enriquez Rubio Hernández, Herlinda, *El pluralismo Jurídico Intracarcelario*, México, Porrúa, 2007, pág. 143.

- Enseres y artículos de aseo personal y limpieza. Generalmente el recién llegado tiene que comprar los enseres para el aseo de las celdas o solicitarlos a su visita;
- Aparatos electrodomésticos. El uso de in televisor dentro de la celda es decidido por la "mamá" y en ocasiones toma en cuenta el dueño;
- Drogas diversas sin costo para el consumo personal. El consumo de drogas dentro de la estancia lo determina la "mamá";
- Alojamiento por cambio de estancia por motivos personales. Cuando se trata de cambio de celda a solicitud del interesado, éste debe acordar el cambio con los miembros de otra estancia y pagar a custodia la cuota que le requieran para que le autoricen el movimiento.

Las reubicaciones de un dormitorio a otro requieren de un pago mayor por lo que resultan más comunes los cambios de estancia dentro de un mismo dormitorio.

En el Centro de Diagnóstico, Ubicación y Determinación de Tratamiento (antes C.O.C), el cobro está a cargo de los técnicos penitenciarios y la cuota puede variar dependiendo del tiempo y características del interno;

- Mensajería o servicio de "estafetas". Los estafetas son los internos que durante los días de visita se ocupan de avisar a otros internos de la llegada de su familiar. No se le lama al interno que se sabe no da propina;
- Servicios sexuales con y sin cobro en efectivo (prostitución de mujeres del exterior). El interno tiene la posibilidad de elegir la cabaña que reúna las condiciones que requiera para llevara a efecto relaciones sexuales y que se ajusten a su economía. El

interno podrá elegir y tener la o las relaciones con la o las parejas que él decida. Sólo requerirá cubrir el costo;

- Servicios sexuales con internos homosexuales (prostitución). El interno podrá elegir y tener la o las relaciones con el o los homosexuales que él decida. Sólo requerirá cubrir el costo. La relaciones homosexuales pueden realizarse sólo en las celdas en que se sabe, aquellas son aceptadas; en caso contrario pueden ser lanzados;
- Corte de pelo, barba y bigote o la modalidad que incluye "servicio" extra: "chivo" (masturbación oral). El interno que desee corte de pelo puede acudir al lugar donde se ubique el peluquero y aprovechar el servicio que ofrecen en especial algunos internos homosexuales. Para recibir el servicio extra, no se requiere ser homosexual, cualquiera puede tenerlo;
- Protección solicitada por internos que tienen miedo al ambiente carcelario, y/o temen por su vida porque tienen internos agraviados que se encuentran dentro de la población penitenciaria. Todo el que ingresa a la prisión es sujeto de intimidación a fin de exacerbarle el miedo natural que siente quien ingresa por primera vez a un penal, hecho que orilla a la contratación del servicio de protección por parte de algún interno dedicado a ello. Cualquier interno tiene derecho a ser protegido siempre y cuando pague lo pactado con sus probables protectores;
- Uso del teléfono público después de las ocho de la noche y antes de las siete de la mañana. Sólo aquellos internos que cuenten con la simpatía del personal de seguridad y custodia y que además tengan la posibilidad de "entrarle con su cuota", podrán hacer uso de los teléfonos públicos después de haberse cerrado las celdas o

estancias. El uso del teléfono será por un máximo de una hora; sólo en casos excepcionales se permite más tiempo, hecho que se verá reflejado en el pago;

- Uso de teléfonos celulares. Para disfrutar del servicio de teléfono celular será necesario contar con amplio poder económico, con relaciones dentro y fuera del penal que tengan “peso” en el medio de la política o aún del narcotráfico y asegurar que bajo ninguna circunstancia expresarán quién les otorgó la concesión. No es válido denunciar la posesión de un teléfono celular ya que el delator se hace acreedor a un castigo;
- Asignación de trabajo: “fajina” controlada por seguridad. La “fajina” o limpieza de áreas comunes estará a cargo de internos de nuevo ingreso, sin recomendación alguna, provenientes de medios rurales o urbanos bajos, quienes están en posibilidad de ascender a “cabos” de coordinador de dormitorios, con lo cual recibirán algún pago por sus servicios y tendrán, en su momento, el derecho de mandar sobre los recién llegados;
- “Fajina” coordinada por internos. Independientemente de las diversas formas de “dar la bienvenida” a los internos en una estancia, la realización de la “fajina” o la limpieza de la celda será impuesta al recién llegado, junto con la obligación de abastecer la celda de agua para el sanitario, el aseo personal, preparación de alimentos y lavado de trastes. La llegada de un interno nuevo que no vaya recomendado, será la única forma de suspender la realización de la fajina. Puede realizarse con pago siempre y cuando el interno nuevo quiera pagar al interno anterior y con ello evitará la difícil tarea; y

- Lavado y planchado de ropa. Se puede emplear de lavandero o planchador quien desee obtener un ingreso módico pero seguro, siempre y cuando goce de fama de "bien hecho", trabajador y responsable.

Lo anterior permite confirmar la crisis en la cual se encuentra actualmente el sistema penitenciario, ya que todos estos factores lo hacen vulnerable y por lo tanto le impiden cumplir con la función resocializadora que le ha sido encomendada por nuestras leyes.

CAPÍTULO 4

REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL MODELO GARANTISTA EN EL RÉGIMEN PENITENCIARIO.

4.1. El Encierro como Situación Jurídica Generadora de Derechos para el Reo.

El incremento de la violencia en las sociedades modernas, así como el desarrollo de las medidas penales establecidas en el Derecho para sancionar las conductas antijurídicas, traen aparejado que el tema de la pena de prisión adquiera suma relevancia, al plantearse como elemento de gran impacto que incide en la violencia legítima que ejerce el propio Estado en nuestra sociedad.

Los diversos problemas que se derivan de la imposición de dicha pena, así como las condiciones materiales de su ejecución en instalaciones carcelarias, cada vez hacen más urgente el planteamiento de alternativas de solución. Ello hace necesario formular cuestionamientos respecto de la efectividad en las actividades encomendadas a las autoridades penitenciarias, ya que es en ese campo en el que generalmente no se da debida observancia a lo dispuesto en el marco legal correspondiente, tal como ocurre con la llamada readaptación social, la cual por inobservancia deja de concebirse como un derecho que adquieren los internos en virtud de la situación de encierro en la que se encuentran.

Recordemos que uno de los elementos esenciales planteados en el Garantismo es que no basta que los ordenamientos legales posean derechos inherentes a los individuos, sino que es necesario que las autoridades instrumenten vías de acción jurídicas que hagan posible, y real, la defensa de esos derechos frente a su eventual transgresión o inobservancia por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal¹, para lo cual se deberán establecer límites y vínculos al poder, con objeto de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas².

En este sentido, y como una primera aproximación podemos comentar que nuestra legislación en materia penitenciaria no cuenta con elementos jurídico normativos que permitan identificarla como garantista, en el sentido planteado en el capítulo 2 de esta investigación, puesto que no obstante que consagra, entre otros³, ese derecho relativo a la resocialización de los individuos, existe una gran discrepancia con lo que acontece en la realidad, en donde ésta no se cumple.

En necesario resaltar que diversos elementos identificables con la *readaptación social* se encuentran presentes en los diversos

¹ Recordemos que el derecho penal moderno surgió con la *intencionalidad política de poner límites* al poder coactivo del Estado absoluto, de diferenciarlo del Antiguo Régimen. Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. España, Trotta, 2004, pág. 26.

² Gascón Abellán, Marina. *La Teoría General del Garantismo: Rasgos Principales*, España, Editorial Trotta, 2005, pág. 21.

³ Las personas que ingresan a prisión, en su calidad de seres humanos, son sujetos de diversos derechos, tales como el derecho a la vida, a la salud, a un trato digno, etc.

ordenamientos que hacen referencia a la pena de prisión, y confluyen con las estructuras del Estado que conforman la justicia penal, básicamente porque dicha pena es la que principalmente se aplica de entre aquellas que son impuestas en todos los países del mundo⁴.

Sin embargo, que los elementos se encuentren delineados en el plano normativo y que su observancia sea real y patente son dos cosas bien distintas. En nuestra opinión, el cumplimiento de la finalidad atribuida a los procesos de readaptación social no ha sido alcanzado en virtud de que los mecanismos⁵, a través de los cuales el estado pretende conseguirlo, no reúnen las condiciones prácticas idóneas, por lo que podemos señalar que con los instrumentos establecidos en la normatividad no se garantiza su cumplimiento. Este es uno de los aspectos que en el marco del garantismo podrían resultar útiles para el desarrollo del sistema en general: el establecimiento de garantías respecto de los derechos ya consagrados.

En este sentido, y no obstante, que nuestro interés se centra a los aspectos vinculados con la citada readaptación social, se hará una breve

⁴ López González Silvia Patricia. *Elementos para una Política Criminal acorde al Estado de Bienestar* en Oliveira de Barros Leal, *Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública*, México, Instituto Nacional de Ciencia Penales, 2003, página 464.

⁵ De conformidad con lo establecido por el párrafo segundo de nuestro artículo 18 Constitucional, "los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

referencia a los demás derechos que poseen los reos, en relación con la clasificación que utiliza Mercedes Peláez Ferrusca⁶, a saber:

1. Derechos que protegen su persona;
2. Derechos que amparan su situación jurídica, y
3. Derechos de que son titulares en virtud de la situación de encierro que, a su vez, se divide en dos vertientes:
 - a) La readaptación mediante la educación, el trabajo y la capacitación, y
 - b) La comunicación con el exterior.

4.1.1. Derechos que protegen la persona del reo.

Estos derechos se encuentran íntimamente ligados a la integridad física y a la vida del reo, esta última no sólo entendida en el aspecto fisiológico, sino extendida a situaciones que inciden en la forma en que se desarrolla con motivo de la privación legal de su libertad. En sentido estricto, se encuentran referidos a la calidad de seres humanos de los reos, y dentro de ellos se encuentran:

1. Derecho a la vida, el cual no se limita al hecho de conservarla, puesto que se encuentra ampliamente vinculado con la llamada calidad de vida, que se refiere a las condiciones en que, en un medio como el internamiento, ésta se desenvuelve. Además, está relacionada con otros factores externos al individuo, como son las

⁶ Peláez Ferrusca, Mercedes, *Derechos de los internos del sistema penitenciario mexicano*, México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, página 8.

condiciones físicas, el ambiente colectivo, el acceso a satisfactores de necesidades básicas, etcétera.

En cuanto a este derecho cabe reconocer que el primer responsable de la vida de los internos en un centro de reclusión es el Estado, a través de la autoridad penitenciaria y, en consecuencia, la garantía que implica hacer posible el ejercicio de tal derecho se encuentra a cargo de una entidad pública.

2. Calidad de vida. Debemos partir de la idea de que el encierro que implica una pena restrictiva de libertad se constituye como una calidad de vida impuesta. En tal virtud, esa calidad de vida debería contar, por lo menos, con las condiciones mínimas para una sana convivencia entre individuos que cuentan con el espacio mínimo asegurado, preservar en alguna medida la intimidad y, por supuesto, las condiciones habitables necesarias para que las personas que deben permanecer dentro del centro de reclusión sigan siéndolo⁷.

En este sentido, un aspecto que conviene resaltar es el relacionado con el derecho a la dignidad y a la integridad física y moral de los individuos. Parece que queda más claro el derecho a la integridad física a partir de la prohibición de la tortura y de los

⁷ La readaptación impone necesariamente cierta cantidad de espacio en función de los objetivos de la pena; es necesario un espacio donde se promueva el desarrollo positivo del interno, como el trabajo, la capacitación y la educación, pero también un espacio para el esparcimiento y la promoción de la cultura; un espacio que promueva la participación individual y colectiva de manera pacífica y creativa. *Ibidem* p. 17.

tratos crueles e inhumanos, que de entrada aseguran la conservación de la calidad física mínima. Generalmente, ello se consigue al proscribir los ataques físicos violentos; sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata de definir las conductas degradantes o vejatorias.

Estimamos que lo que se considere indigno, degradante o vejatorio para un ciudadano libre, debe también considerarse cuando se trate de un convicto, por lo que es necesario determinar al interior de las instituciones penitenciarias medidas que garanticen los aspectos mencionados.

3. Derecho a la salud, que merece especial atención por estar fuertemente vinculado al derecho a la vida, como elemento necesario para asegurarla y mantenerla.

En primer lugar se cita a la alimentación como factor de buena salud, siempre que la misma pueda calificarse de suficiente en calidad y cantidad. Otro de los rubros identificados con el derecho a la salud es el de una atención médica regular, que comprende medicina preventiva, curativa y quirúrgica en las más diversas áreas: dental, oftálmica, psicológica y general;

4. Derechos de libertad. Aún cuando la libertad deambulatoria se ha visto restringida por la naturaleza de la pena de prisión, no se suspende el derecho genérico a la libertad de pensamiento, de creencia, al libre desarrollo de su personalidad, a la asociación y

reunión pacífica⁸, siempre que el ejercicio de estas libertades no altere el orden, ni interfiera con la libertad y derechos de otros.

Respecto a estos derechos, conviene incluir el comentario de Miguel Sarre, quien señala que “probablemente nadie cuestione el derecho que tiene cualquier persona a que se respete su vida o su integridad física y moral”⁹. Debemos resaltar que en el marco del garantismo penal este es un aspecto en el que la referencia de “probablemente” sobra, en tanto que debe ser un presupuesto de que el Estado, aún en el caso de que se trate de un individuo a quien se deba aplicar una pena de prisión, debe garantizar condiciones para la vida e integridad de cualquier persona.

En tal virtud, al referirnos a cualquier persona, entendemos que también se encuentran incluidos aquellos que permanezcan dentro de una prisión. El encierro no debiera cancelar la personalidad del individuo, sino únicamente restringir su esfera de derechos, garantizándole los mecanismos mínimos para su subsistencia física y psicológica.

En razón de lo anterior, las condiciones materiales y morales en que se presente la privación de la libertad para un procesado o sentenciado deberán asegurar el respeto de la dignidad humana. Sin embargo, como es ampliamente conocido, ese aspecto constantemente se viola dentro

⁸ En este rubro es necesario excluir los derechos políticos, de tutela, de curatela, y los directamente vinculados a la representación legal de otras personas.

⁹ Citado por Andrés Martínez, Gerónimo Miguel. *Derecho Penitenciario (Federal y Estatal). Prisión y Control Social*, México, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2007, página 443.

de las prisiones puesto que existen, entre otras situaciones, hacinamiento, promiscuidad, ausencia de intimidad, de una buena atención médica y del suministro de medicamentos necesarios y adecuados, inclusive en diversas ocasiones son los mismos alimentos proporcionados por la prisión los que provocan las enfermedades que se padecen, además de que existe falta de agua para la higiene más elemental. Tales situaciones únicamente demuestran una ausencia de conciencia de las autoridades administrativas en lo que se refiere al mantenimiento de garantías que eviten, en los centros de reclusión, el menoscabo constante de la dignidad a la que todo ser humano, incluso los presos, tienen derecho.

No se niega que la prisión es el instrumento más costoso con que cuenta el Estado para el control del delito –la manutención de los presos en algunas prisiones llamadas de “alta seguridad” es digno de comentarios- pero también circunstancias tan negativas como las ya mencionadas (la sobrepoblación, la violencia y el uso de drogas), que en nada ayudan al interés de la readaptación¹⁰.

4.1.2. Derechos que amparan la situación jurídica del reo.

Los derechos que amparan la situación jurídica de los reos están directamente relacionados con la garantía de legalidad ejecutiva, por lo que la pena impuesta debe ser ejecutada con apego estricto a la ley de ejecución y no a la discrecionalidad de la autoridad penitenciaria. Este planteamiento se identifica con el axioma de “*nullum crimen sine lege*”, en el sentido formulado por Ferrajoli, en tanto principio de legalidad.

¹⁰ López González Silvia Patricia. *op. cit* pág. 465.

Es requisito indispensable dotar de seguridad jurídica al sentenciado respecto de la ejecución de la sentencia, y conlleva la protección de la certeza de la pena, por lo que el interno debe conocer el régimen a que está sujeto, así como su situación jurídica durante el transcurso de la ejecución.

Del conjunto de derechos que amparan su situación legal se deben distinguir las dos circunstancias por las que una persona se encuentra interna: la calidad de procesado o indiciado y la de sentenciado. Esto implica el conocimiento de la causa que dio motivo al proceso, en tanto conocimiento del crimen o delito que se le imputa, y conocimiento de la pena impuesta, así como de las circunstancias particulares que implicarán la ejecución de la misma.

4.1.3. Derechos de que son titulares los reos en virtud de la situación de encierro.

Estos derechos son todos aquellos que adquieren las personas presas por el hecho de estar privadas de su libertad, y están referidos a proteger la orientación que se da a la pena de prisión. Sus efectos se dirigen materialmente hacia la recuperación social del delincuente. En general, son compartidos tanto por los internos en calidad de procesados, como por los sentenciados, pues su finalidad consiste en garantizar una reclusión humanizada y controlada legalmente.

En cuanto a la orientación de la pena de prisión, como ya señalamos con anterioridad, encuentra su fundamento en el artículo 18 constitucional; su fin será la readaptación social del delincuente, indicando que la

consecución de la misma será por medio del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

En este sentido, se considera que en las previsiones constitucionales se encuentra la génesis de un mecanismo garantista, ya que conforme a ellas se descarta jurídicamente la posibilidad de que las autoridades encargadas de imponer la pena puedan tomar decisiones arbitrarias o abusivas al determinar la función de la misma. Por virtud de los efectos de la prevención constitucional, la autoridad ejecutiva ya no podrá darle una orientación distinta a la expresamente señalada en la Carta Federal, tutelando con ello los derechos de los individuos, toda vez que se disciplina y limita la violencia institucional y, en general, el ejercicio de los poderes coercitivos. Esta limitación ocurre mediante la determinación normativa de la orientación de la pena de prisión, acreditándose, por lo tanto y sólo para este caso, el modelo garantista de estricta legalidad del que Ferrajoli se ocupa¹¹.

No obstante, consideramos que los instrumentos prácticos, utilizados para lograr la citada readaptación social, carecen de las condiciones idóneas en virtud de que, en la práctica, no permiten cumplir con ese objetivo resocializador, lo que nos traslada fuera de lo que el autor italiano ha considerado como un sistema garantista, puesto que, no obstante que los ordenamientos jurídicos contemplan instrumentos que debieran permitir la consecución de los objetivos citados, éstos en la práctica se encuentran ampliamente desatendidos¹².

¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 6ª edición, España, Editorial Trotta, 2004, página 851.

¹² *Ídem*.

Esas situaciones nos permiten comentar que, no obstante que en nuestros modelos normativos se encuentran contemplados los mecanismos por medio de los cuales habrá de readaptarse a quienes hubieran cometido un delito, nuestras prácticas operativas, administrativas y de campo, no permiten la consecución de tal fin, siendo por lo tanto antigarantistas, pues existe la ya referida discrepancia entre lo establecido en la Constitución y demás ordenamientos jurídicos, y la realidad práctica, en donde los derechos y garantías consagrados por la legislación, en la mayoría de las ocasiones, no se cumplen.

En estos términos, la Teoría General del Garantismo nos pone de manifiesto los rasgos de validez, y en un paralelismo a ellas de ineffectividad, de las prescripciones establecidas por nuestro sistema jurídico.

Respecto de lo anterior, debe hacerse manifiesto que existe conformidad social en que a las personas en reclusión debe respetárseles la vida, así como la integridad física y moral. Sin embargo, ante la lesión de bienes jurídicamente protegidos por la conducta de los delincuentes, la sociedad tiende a manifestar, o cuando menos reconocer, su inconformidad en que se proporcione a los internos agua, trabajo, comida, educación y otros satisfactores con cargo al Estado, cuando esos mismos satisfactores no se encuentran al alcance de otras personas en libertad que no han delinquido.

Una respuesta a esa situación la proporciona Miguel Sarre¹³, quien ante ese escenario comenta:

“... el Estado priva a alguien de su libertad para ambular, pero no está legitimado para privarlo de la vida, de sus derechos a comer, a trabajar, a estudiar, y a tener una habitación digna, entre otros; por tanto está obligado a garantizarle los satisfactores que por la situación de reclusión no pueda el interno por sí mismo conseguir...”

Mercedes Peláez Ferrusca¹⁴ reconoce como derecho genérico de los reclusos la readaptación social, y destaca, respecto de ella, que debe traducirse en las condiciones que la ejecución, como proceso, debe proporcionar al interno a fin de que éste, al compurgar la pena, continúe con una vida en libertad, y con capacidades que le permitan subsistir con su familia en condiciones que le aseguren dignidad, posibilitando con ello la renuncia a la vida delictiva.

Por tanto, el interno está en posición de esperar de la autoridad penitenciaria las condiciones mínimas para el logro de esa finalidad readaptadora. Atendiendo al contenido del artículo 18 constitucional, y de los demás ordenamientos jurídicos que contienen cuestiones relativas a la pena de prisión, puede afirmarse que los medios por los que habrá de conseguirse ese objetivo son: la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo.

¹³ Citado por Andrés Martínez, Gerónimo Miguel. *op. cit.* pág. 443.

¹⁴ Peláez Ferrusca, Mercedes, *op. cit.*, pág. 21.

En lo que se expone a continuación, procuraremos dejar por sentado cual es la importancia de los mecanismos para garantizar la readaptación, así como los obstáculos que se presentan en cada rubro.

4.2. Elementos de la Readaptación Social.

4.2.1. La educación.

En la actualidad, este tema cobra fundamental importancia al considerar que las cárceles se encuentran pobladas, en su mayoría, por los sectores más marginados de nuestra sociedad y, en consecuencia, más limitados en el acceso a medios educativos.

En términos generales las personas que por alguna razón se encuentran recluidas generalmente pertenecen a familias desintegradas, en las que impactan negativamente elementos como una alimentación deficiente y carencia de un trabajo estable y productivo. Para completar ese círculo vicioso, esos conflictos se agravan aún más cuando los individuos ingresan a prisión, ya que la alimentación es más raquítica, la falta de trabajo es absoluta y la incomunicación familiar suele ser prolongada. Por si ello fuera poco, el aislamiento social, las tensiones, las angustias y las depresiones psicológicas, derivadas del encierro y de un futuro incierto¹⁵, contribuyen a generar escenarios de frustración colectiva, y de gestación de violencia necesaria para subsistir en entornos de inseguridad.

¹⁵ Del Pont, Luis Marco. *Derecho Penitenciario*, México, Cárdenas Velasco Editores, S.A. de C.V., 1984, página 459.

Es por ello que uno de los retos más grandes que afrontan las autoridades penitenciarias es el de encontrar e instrumentar acciones que motiven a los reos para que, alejándose de conductas violentas, participen en el desarrollo de actividades vinculadas con el estudio y aprendizaje durante su reclusión.

A pesar de lo anterior, en una visita de verificación que realizó la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal durante el año 2005¹⁶, un porcentaje significativo de 33 personas entrevistadas, específicamente en lo concerniente a la educación (el 57.6 por ciento), dijo estar inscrito (a) en el centro escolar, lo cual destacó que el aspecto educativo fue una de las actividades más desarrolladas por parte de la autoridad penitenciaria para ese año.

Sin embargo, es un hecho que en las prisiones subsisten serias limitaciones en cuanto al personal que imparte los cursos, o los técnicos que realizan labores de supervisión en ese ámbito, puesto que en muchas de las ocasiones, son los mismos internos quienes trabajan en actividades educativas¹⁷.

Para el 2005, el sistema educativo penitenciario contaba con 301 asesores, de los cuales 29 eran externos y 276 internos¹⁸, es decir que

¹⁶ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, "Readaptación Social", Informe especial sobre la situación de los centros de reclusión en el Distrito Federal, México, 2005, página 211.

¹⁷ Al respecto puede consultarse www.cd hdf.org.mx.

¹⁸ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *op. cit.*, pág. 215.

el apoyo externo en materia de educación fue de alrededor del diez por ciento.

Estos datos no constituyen una causa suficiente para invalidar los logros educativos, pero sí permiten cuestionar la calidad de la impartición de sus contenidos y la capacidad pedagógica de los tutores.

Respecto de esos datos estadísticos podemos considerar que, si atendemos a los contenidos de nuestra Constitución y del régimen penitenciario en general, se respalda nuestra aseveración de que el sistema jurídico mexicano en materia de prisiones tiene impreso un rasgo garantista. Sin embargo, independientemente del aspecto jurídico, debe observarse que la ausencia de una práctica de los derechos y garantías consagrados en los ordenamientos jurídicos demuestran un sistema totalmente antigarantista en la realidad, puesto que en el momento en que la educación es impartida por quien ha cometido un delito¹⁹ resulta cuestionable que los demás internos lo vean como un individuo de quien pueden aprender algo. Esto es así, porque sea cual fuere el delito que cada uno hubiera cometido, dentro de la prisión todos poseen la calidad de reos. Esa situación se constituye como un obstáculo para que con la educación que se imparte en las prisiones alcance el objetivo de readaptar a quienes han delinquido.

Por lo anterior, entre las numerosas dificultades para efectuar el tratamiento es posible enumerar entre otras, las evidentes deficiencias humanas, ya que no se cuenta con personal suficiente ni con los mismos

¹⁹ Obviamente ante esta situación debemos dar por hecho que a quienes se encuentran reclusos efectivamente se les ha acreditado la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable.

niveles de conocimiento y competencia académica. Hay un desdoblamiento entre los elementos normativos (ley) y lo que se realiza en la práctica. Además de otros obstáculos a nivel social y de condiciones personales del individuo²⁰.

Los aspectos anteriores se agravan al considerar que existen serias limitaciones materiales para el soporte de actividades de educación. Muestra de ello es que en lo que concierne a las instalaciones de los centros escolares, según el informe de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal²¹, éstas se encuentran en condiciones aceptables de ventilación, iluminación e higiene, pero adolecen de problemas en cuanto a las condiciones regulares de conservación. Como ejemplo el informe señala la falta de mantenimiento a mobiliario escolar y lámparas²².

Con respecto a las instalaciones para bibliotecas en dicho informe se destaca que éstas cumplen con los objetivos establecidos en el artículo 119 del Reglamento de los Centros de Reclusión del Distrito Federal. La autoridad ha buscado enriquecer las bibliotecas por medio de donaciones con la finalidad de que se cuente con el material adecuado que sirva de apoyo en los diferentes niveles que se manejan²³.

²⁰ Del Pont, Luis Marco. *op. cit.*, pág. 324.

²¹ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Op. Cit.*, pág. 211.

²² Respecto de estas últimas incluso el informe menciona que en algunos centros los instructores colocan sus propios focos para poder impartir su clase, y los retiran cuando ésta finaliza.

²³ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Op. Cit.*, pág. 213.

4.2.2. El Trabajo.

El aspecto laboral, como parte del tratamiento, cobra especial interés en el sentido de que, para obtener beneficios de libertad, las personas recluidas en prisión deben acreditar el hecho de haber trabajado.

El artículo 116 del Reglamento de los Centros de Reclusión del Distrito Federal, dispone que:

“Para los fines del tratamiento que sea aplicable, y del cómputo de días laborados, se consideran como trabajo, las actividades que los internos desarrollen en las unidades de producción, de servicios generales, de mantenimiento, de enseñanza y cualesquiera otras de carácter intelectual, artístico o material que, a juicio del Consejo Técnico Interdisciplinario sean desempeñadas en forma programada y sistemática por el interno...”

Actividades como el aseo de calzado, la elaboración de artesanías, la jardinería, la limpieza y servicios generales (incluido el mantenimiento) son consideradas como trabajo para los efectos establecidos en el artículo citado²⁴.

Cabe señalar que, por razones específicas de seguridad correspondientes a los establecimientos penitenciarios, existen restricciones en cuanto al tipo de labores que los internos pueden desempeñar. Ejemplo de ello es que el artículo 24 del Reglamento citado menciona que, no pueden trabajar en actividades administrativas del centro al que pertenecen, ni bajo las órdenes de otros internos.

²⁴ *Íbidem*, pág. 204.

Por lo que se refiere a la primera de las excepciones establecidas en el numeral citado, la misma está fundada en aspectos de seguridad y de gobierno de los centros penitenciarios. En cuanto a la segunda, lo que se pretende es evitar relaciones de sometimiento o servidumbre entre los mismos reclusos, lo que sin embargo efectivamente constituye una situación que se observa dentro de las cárceles²⁵.

En especial conviene mencionar que el problema principal que impide que la totalidad de los reclusos pueda acceder a su derecho de trabajar, se constituye por la imposibilidad de las instituciones para ofrecer plazas suficientes. Este aspecto se corrobora en el informe de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, al cual se ha venido haciendo referencia.

En su informe, la Comisión de Derechos Humanos²⁶, señaló que a partir del año 2002 se ha hecho el esfuerzo de recuperar naves industriales y conseguir más socios que propicien económicamente la generación de empleo al interior del centro penitenciario, habiéndose obtenido resultados favorables. Sin embargo, los apoyos no han sido suficientes para atender la demanda, en tanto que la población interna ha incrementado de forma desmedida sin que a la fecha se hayan logrado ofrecer las plazas necesarias.

²⁵ *Ídem.*

²⁶ *Ídem.*

Lo anterior resulta paradójico al considerar que, aun ante esta realidad, el trabajo sigue constituyendo un requisito indispensable para que el reo acceda a la obtención de beneficios²⁷.

En estos términos, observamos de nueva cuenta rasgos que evidencian lo antigarantista que resulta la práctica administrativa de ejecución de sentencias en relación con nuestros ordenamientos jurídicos, puesto que se evidencian sus rasgos de validez pero de ineffectividad, en razón de lo siguiente:

- A. El trabajo es considerado por las normas como un instrumento que debiera permitir a los internos la obtención de los beneficios de libertad anticipada, y en consecuencia, su readaptación social (validez).
- B. Sin embargo observamos que las autoridades no se encuentran posibilitadas para permitir que todos aquellos que se encuentran recluidos tengan acceso a ese derecho, lo cual nos sitúa ante un sistema jurídico ineffectivo²⁸ y desde luego ante la ya citada

²⁷ Los llamados beneficios penitenciarios consisten en medidas incentivadas por el tratamiento para la obtención de la libertad anticipada. Estos mecanismos permiten a la autoridad ejecutiva reducir el tiempo efectivo de la condena. Peláez Ferrusca, Mercedes, *op. cit.*, pág. 22.

El artículo 40 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal ha señalado como beneficios de libertad anticipada, los siguientes:

1. Tratamiento Preliberacional;
2. Libertad Preparatoria, y
3. Remisión Parcial de la Pena.

²⁸ La efectividad implica una concepción instrumental del ordenamiento jurídico al servicio de determinados fines y caracteriza a la norma jurídica desde el punto de vista de su virtualidad para alcanzar un fin, su idoneidad como instrumento para lograr

divergencia entre normatividad y realidad, a la cual Luigi Ferrajoli hacía referencia²⁹.

4.2.3. Capacitación para el Trabajo.

En lo relativo a la capacitación para el trabajo de los internos en la realización de sus labores, también existen brechas entre la disposición normativa y los esfuerzos por hacer efectivo el cumplimiento de tal derecho a modo de garantía.

El informe de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal³⁰ refiere que el 60 por ciento de los presos no recibió capacitación alguna, y solamente el 40 por ciento sí tuvo acceso a un mecanismo para hacer efectivo ese derecho. Cabe señalar que la capacitación laboral destinada a los internos, es difundida en su mayoría por los propios reos, y representa un 70 por ciento del total del esfuerzo destinado. Del 30 por ciento restante de la capacitación, las fuentes que la hicieron posible se limitaron a esfuerzos del centro escolar establecido en la prisión, del área para la que trabajan los reos, y de algún otro tipo³¹.

En términos generales, la capacitación para el trabajo sólo impacta en el equivalente a la mitad de la población reclusa, lo cual coincide con el porcentaje de población que realiza alguna labor (48 por ciento), y

determinado objetivo. Serrano, José Luis. *Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, España, Editorial Trotta, 1999, pág. 20.

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, pág. 852.

³⁰ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *op. cit.*, pág. 204.

³¹ *Ibidem*, pág. 210.

confirma también la aseveración de que, ante la limitada oferta de la industria penitenciaria y la sobrepoblación prevaleciente en los centros de reclusión, se restringe severamente la posibilidad de una mayor capacidad de realizar actividades de readaptación social mediante el trabajo, a pesar de que la población se encuentre dispuesta a realizar alguna actividad productiva³². Estas referencias dejan de manifiesto otro aspecto de lo antigarantista que resulta nuestro régimen penitenciario, puesto que las disposiciones contenidas en la normatividad en la realidad no se cumplen.

4.2.4. Salud y Deporte.

Estos elementos fueron incorporados, por la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, para la *reinserción social* de los internos. En sentido estricto, aún ante la perspectiva de que estas modificaciones entren en vigor, se estima que las condiciones actuales de los centros de reclusión no son lo suficientemente idóneas para proporcionar de forma adecuada servicios de salud a los sentenciados, ni instalaciones o medios deportivos para los mismos.

Con respecto a la salud, debemos destacar que al interior de las prisiones la misma es deficiente, puesto que se encuentra íntimamente vinculada con adecuadas condiciones de alimentación, las cuales son, además de escasas, fuente de verdaderos riesgos sanitarios.

Por lo que a salud se refiere Luis Marco del Pont³³, ha señalado que:

³² *Ídem*.

³³ Del Pont, Luis Marco. *op. cit* pág. 475.

“Las condiciones insalubres en que muchos reclusos viven, la falta de una atención médica adecuada y de los medicamentos necesarios y la variedad de enfermedades psicológicas, físicas y mentales que padecen, nos muestran un panorama sombrío y decepcionante”.

Por lo que hace al deporte, se considera que es un aspecto al que actualmente no se le otorga la importancia debida, aunado al hecho de que en muchas ocasiones los internos prefieren trabajar o estudiar, antes que practicar alguna actividad física.

El mismo Luis Marco del Pont³⁴, ha recomendado para la educación física y la salud en las prisiones:

- a) Una persona entrenada y profesionalmente capacitada;
- b) Suficientes instructores en el personal para un programa de rehabilitación;
- c) Gimnasios, campos para atletismo y áreas para juegos;
- d) Regaderas y equipos sanitarios para lograr una higiene práctica después de un ejercicio vigoroso;
- e) Programa de juegos atléticos, deportes y juegos organizados para obtener una participación general;
- f) Equipos que participen en torneos intramuros y en competencia extramuros;
- g) Instrucción con toda regularidad y enseñanza de juegos que desarrollen la habilidad;
- h) Programa combinado de actividades de salón y al aire libre, favoreciendo estas últimas en cuanto el tiempo lo permita, pero

³⁴ *Ibidem* pág. 474.

organizadas siempre de modo que se vean sujetas a cambios del tiempo;

- i) Programas especiales para los individuos que necesiten ejercicios correctivos, determinados por examen médico, y
- j) Juegos de salón, tales como ajedrez, tableros, etc.

4.3. Situaciones de Beneficio para el Reo Susceptibles de Considerarse como un Derecho.

Como hemos mencionado, los elementos de la readaptación se constituyen como derechos para los reos por la situación de encierro de éstos. No obstante, existen otras situaciones que contribuyen a los procesos de resocialización de los reclusos. Mercedes Pélaez Ferrusca³⁵ considera que existen otros derechos que adquieren los internos al ingresar a prisión. Respecto de ellos, resulta cuestionable considerar la generación de un derecho como tal, en tanto que los ordenamientos jurídicos específicos no recogen previsiones normativas en materia de comunicación al exterior, envío de correspondencia y acceso a instancias internas de las estructuras administrativas. Sin embargo, si atendemos a los principios del garantismo penal y al objetivo de resocializar al delincuente, conviene reflexionar en la posibilidad de establecer mecanismos que garanticen los aspectos que se mencionan a continuación:

³⁵ Peláez Ferrusca, Mercedes, *op. cit.*, pág. 21.

4.3.1. La Comunicación con el Exterior.

La idea de la recuperación social positiva del infractor para la sociedad hace que el contacto del recluso con el exterior sea de la mayor importancia y trascendencia³⁶. Esto es así, en tanto la expectativa del reo de volver a gozar de los beneficios de la libertad en la sociedad, se constituye como un aliciente para regenerar sus patrones de conducta, evitando recaer en la reincidencia delictiva.

En ese contexto es que, sin lugar a duda, uno de los mejores incentivos de la readaptación es el contacto continuo con la familia del interno, por lo que la visita familiar e íntima deben promoverse y protegerse.

Además, el contacto con el exterior no se limita a la visita: numerosas instituciones de asistencia privada o pública han colaborado con la institución penitenciaria, en lo que se conoció como el voluntariado de prisiones. Si bien se trata de un aspecto que depende de la voluntad de personas ajenas al sistema de ejecución de sanciones, la apertura de las autoridades administrativas, así como un fomento planificado por la autoridad, serían elementos que incentivarían la generación de ese tipo de apoyos.

Este elemento cobra mayor importancia si se considera que esos voluntarios llevan a la población interna atención que en muchos aspectos ha descuidado la autoridad penitenciaria, o que está imposibilitada para facilitar, como la asistencia espiritual o religiosa, y la de naturaleza educativa o cultural.

³⁶ *Ibidem*, pág. 23.

Sin embargo, esta asistencia está poco organizada y definida, además de que su auxilio no es permanente, lo que impide la apreciación de resultados positivos a largo plazo. Por ello es necesario abrir las prisiones a la sociedad, aunque también es cierto que debe hacerse de manera regulada, a fin de establecer líneas de acción conjuntas para que los esfuerzos no se diluyan y respondan a objetivos específicos de resocialización.

Un medio por el que se mantiene al interno en contacto con el exterior es el acceso a publicaciones periódicas y prensa diaria, que le permita tener noticia de lo que acontece en su entorno y participar en él, aún y cuando sea sólo mediante el conocimiento de los hechos. Si se rompe este vínculo, poco interés podrá despertar en el individuo la idea de la colectividad.

4.3.2. La Correspondencia.

Por otro lado está del derecho a recibir y enviar correspondencia de manera que se garantice la inviolabilidad de ésta.

Este ha sido uno de los aspectos más controversiales del contacto de los reclusos con el exterior, ya que si bien es cierto que alienta el contacto con la familia del reo, grupos delictivos al interior de los penales hacen uso de los medios escritos para planificar con delincuentes que se encuentran en libertad la comisión de delitos que les reporten ingresos ilícitos.

Sin embargo, no puede desestimarse que la Constitución reconoce la inviolabilidad de las comunicaciones escritas y, en un ámbito contrario a ese sentido normativo y abiertamente antigarantista, se argumentan los elementos de seguridad de las instituciones penitenciarias para hacer nugatorio ese derecho.

4.3.3. La Interacción con las Instancias Administrativas.

Finalmente, puede mencionarse como un derecho de los internos el acceso a instancias internas y externas del sistema penitenciario. A este respecto, se destaca la necesidad de promover el contacto directo entre las instancias administrativas de dirección y la población reclusa; pero no como mero acercamiento, sino como un mecanismo que posibilite de manera real y efectiva la protección de los derechos de los internos, tales como el ejercicio del derecho de petición, que no se limita a las autoridades del propio centro, sino que también debe extenderse al acceso de autoridades penitenciarias superiores y a otras de distinta naturaleza.

Un esquema más amplio en el establecimiento de garantías para este derecho podría incluir organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación, que se constituyeran como medios efectivos para ocupar un espacio de contrapeso de las violaciones a la población reclusa.

4.4. Reflexiones sobre los Efectos Antiguarantistas de la Contradicción “*Práctica Administrativa vs. Norma Jurídica*”.

Si tomamos como punto de partida los derechos citados, consideramos importante destacar, de forma breve, que de conformidad con los criterios a que se refiere la Teoría del Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, se presentan diversas inconsistencias entre la existencia de tales derechos y la tutela, o garantía, de los mismos.

Comencemos por destacar que resulta contradictorio el régimen que se refiere a la forma de reducir el tiempo en que una persona debiera estar en prisión, en relación con los mecanismos que ésta tiene a su disposición para hacerlo efectivo. La explicación a tal afirmación se encuentra en el hecho de que para la obtención de una reducción, además de considerarse aspectos que sí se encuentran determinados por los ordenamientos jurídicos, también deberá atenderse a criterios subjetivos de los servidores públicos encargados de valorar el tratamiento, debilitándose por lo tanto el principio de estricta legalidad.

Lo anterior en virtud de que quien determina el tiempo de la sentencia es una autoridad administrativa, dependiente del Poder Ejecutivo, sin la intervención de una autoridad judicial. Como es conocido, el Consejo Técnico Intedisciplinario es el órgano competente para resolver sobre los beneficios de libertad anticipada.

En otras palabras, actualmente el interno ejecutoriado recibe, respecto de su calidad de infractor, valoraciones o *juicios* dos veces. En un primer momento el juez valoró sus actos, y le impuso una sentencia por ellos;

por su parte, en el segundo, es la autoridad administrativa quien lo califica subjetivamente respecto de si está o no readaptado, y es la que determina su derecho a la libertad anticipada, modificando los efectos privativos de libertad derivados de la sentencia del primero, sobre una base de discrecionalidad³⁷.

Al respecto conviene destacar que no existen parámetros objetivos, dispuestos en normas jurídicas, que permitan evaluar si un reo se encuentra, o no, "efectivamente readaptado", lo cual se traduce en un amplio margen de inseguridad jurídica para los sentenciados. En la práctica, las autoridades encargadas de la evaluación de un reo deben recurrir a criterios inciertos o de libre valoración, como los llamadas estudios psicológicos que están referidos a elementos de apreciación subjetiva. Conforme a ello, puede afirmarse que nuestras leyes no contribuyen a establecer elementos objetivos para determinar el proceso de reintegración social del ejecutoriado, y que en la realidad sean efectivamente verificables en cuanto a su observancia y cualificación.

Esa incertidumbre se traduce, en la práctica, en un amplio margen de discrecionalidad de los servidores públicos, permitiendo el auge de conductas de corrupción e ignorancia, que desestiman los efectos que el juez procuró establecer al dictar la sentencia³⁸, de tal suerte que se pierde con ello cualquier efecto garantista.

³⁷ Roldan Quiñones, Luis Fernando y Hernández Bringas Alejandro. *Reforma Penitenciaria Integral. El Paradigma Mexicano*, México, Porrúa, 1999, pág. 121.

³⁸ *Ibidem*, pág. 122.

Como ejemplo de lo anterior basta citar el artículo 110 del Reglamento de los Centros de Reclusión del Distrito Federal, que establece:

“La Dirección General tomará las medidas necesarias para que todo interno que no esté incapacitado para ello realice **un trabajo remunerativo, social, personalmente útil y adecuado a sus aptitudes, personalidad y preparación**”. (Énfasis añadido)

Sin embargo, como hemos expuesto, no se da cumplimiento a tal disposición en virtud de que no existen suficientes fuentes de empleo al interior de los centros de reclusión; situación que se agrava con el acelerado incremento de la población penitenciaria.

Lo anterior es así, pese a que en términos absolutos la oferta de trabajo es la más alta en los últimos años, sin embargo, el incremento desmesurado de la población reclusa se reduce a la eficacia de la acción de gobierno y minimiza cualquier iniciativa³⁹. Ello se desprende del informe de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal⁴⁰, a que se ha hecho referencia, el cual señala que durante 2005 se registraron 892 internas e internos trabajadores que se encuentran inscritos en nómina, 230 personas reclusas que laboran en diferentes talleres como comisionados (as)⁴¹ de la institución (carpintería, costura,

³⁹ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *op. cit.*, pág. 204.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ Las y los comisionados de la institución son aquellas personas internas que desarrollan un trabajo para el centro de reclusión. Si bien buscan cumplir con los requisitos para ser candidatos y candidatas a los beneficios de la ley, algunos (as) obtienen también la ventaja de contar con un salario en nómina. Esto no constituye una situación generalizada ante la escasa oferta de trabajo. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Íbidem*, pág. 206.

impresión, metal-mecánico, lavandería, panadería y tortillería) y 662 personas que trabajaban con socios industriales, con un salario correspondiente al mínimo vigente en el Distrito Federal para ese año. En el mismo periodo se registraron 14,104 personas internas inscritas en nómina y que trabajaban en actividades y establecimientos diversos, tales como el comercio, la peluquería, la artesanía, los servicios generales, la asesoría educativa, deportiva y/o cultural, *autogenerados*, los talleres, las tiendas, la biblioteca, el mantenimiento y la limpieza de calzado.

Nieves Sanz Mulas⁴², ha comentado que

“...El ordenamiento jurídico penal ha dejado atrás su carácter garantista para convertirse en un sistema de sola o prima ratio, buscando solucionar los conflictos sociales que surjan, aumentando de forma importante su campo de actuación, y con el la prisión como arma más contundente con la que cuenta...”

Las contradicciones a que se ha hecho referencia permiten considerar que el régimen penitenciario en México, no cuenta con elementos jurídicos que hagan verdaderamente efectivo el fin de la pena de prisión: la readaptación del sentenciado. Por el contrario, esa ausencia de garantías para hacer efectivo un derecho contribuye a que los centros penitenciarios se constituyan como cotos de poder impenetrables de delincuentes, generando condiciones propicias para la planificación de delitos de gran impacto social, como el narcotráfico, el secuestro o el robo de autos. Esto sin mencionar que, en lo cotidiano,

⁴² Sanz Mulas, Nieves. *Alternativas a la Prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, pág. 268.

los centros penitenciarios son focos criminógenos que corrompen a los reclusos, preparando y alentando la reincidencia, y, además, propician el grave problema de la corrupción entre el personal penitenciario⁴³.

Si consideramos lo anterior, no resulta difícil aceptar que el Derecho Penal moderno está en crisis, lo cual se ha hecho cada vez más evidente en nuestro sistema de sanciones, específicamente en lo relativo a la aplicación de la pena privativa de libertad, misma que ha sido considerada como contraria a la resocialización reconocida en la generalidad de los ordenamientos jurídicos vigentes⁴⁴.

Luis Fernando Roldán Quiñones y Alejandro Hernández Bringas afirman que “las cárceles mexicanas no son *centros de readaptación social*. La enorme cantidad de incidentes violentos que ocurren dentro de ellas vienen a confirmar este axioma. Son, por el contrario, sitios donde se aprende a odiar la legalidad establecida y a sus autoridades, a las instituciones y, en general, a los valores socialmente aceptados”⁴⁵.

Por lo tanto, en la voz de Jorge Kent⁴⁶:

“No deberán escatimarse esfuerzos para superar la inmensa contradicción que emerge al razonar que resulta inviable preparar para la libertad al hombre en un ámbito hermético, opresor por naturaleza y agresivo en grado extremo,

⁴³ Cfr. González Ruíz, Samuel, *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y Práctica*, 2ª edición corregida, Fontamara, México, 2006, pág. 23.

⁴⁴ Cfr. Sanz Mulas, Nieves. *op. cit.*, pág. 270.

⁴⁵ Roldan Quiñones, Luis Fernando y Hernández Bringas Alejandro. *op. cit.*, pág. 34.

⁴⁶ Kent, Jorge. *La Resocialización de los Penados. Un desafío en el nuevo milenio*. Buenos Aires, Ad-Hoc, S.R.L., pág. 22.

razón por la cual la misión del régimen carcelario se encuentra encaminada hacia un malogramiento casi radical en razón de sustentarse sobre cimientos que vician, desde su mismo amanecer, cualquier faena posterior”.

CONCLUSIONES

Durante la presente investigación se hizo manifiesta la diversidad de estudios que, respecto de la pena en general y de la pena de prisión en particular, se han desarrollado. En este sentido, a lo largo del desarrollo histórico de las sociedades modernas, tales estudios han hecho evidente que la convivencia entre los individuos necesariamente requiere de la existencia de sanciones, en este caso de carácter penal, mismas que se impondrán ante la comisión de un hecho delictivo que lesione los intereses de la colectividad.

En sentido estricto, atendiendo a su naturaleza exactamente jurídica, podemos afirmar que la pena debe ser entendida como la consecuencia inmediata prevista en la Ley, por la realización de un hecho considerado por ésta como delito, que consiste en la limitación de aquellos bienes jurídicos que se encuentran establecidos en ella para todos los hombres.

Así, también puede sostenerse que la pena de prisión consiste en la limitación de uno de los bienes jurídicos más importantes, a saber, la libertad. Sustancialmente, esta pena implica que al individuo que ha cometido un delito se le prive de su libertad corporal, lo cual significa que se encontrará restringido para transitar sin limitación alguna. No obstante los alcances de dicha pena no se limitan sólo a los aspectos de tránsito del individuo, sino que impactan la esfera social y psíquica de los sentenciados, en tanto que la restricción de la libertad afecta el ámbito de vida personal, porque su ejecución supone sustraer al individuo de su

entorno social para incorporarlo en uno de carácter penitenciario que le es ajeno.

Toda vez que esa restricción de la que hablamos recae en un bien jurídico tan importante como es la libertad, es imprescindible que la imposición de la pena de prisión sea justa, para lo cual se requiere que el sistema punitivo contemple una serie de mecanismos que garanticen el respeto a los derechos fundamentales que han sido consagrados en nuestra Constitución para todos los individuos, incluso para aquellos que han delinquido, así como el respeto de aquellos derechos que los internos adquieren por el hecho de estarlo.

Al respecto podemos destacar la utilidad que, como herramienta de análisis conceptual, aportan los planteamientos ofrecidos por la Teoría General del Garantismo Penal, propuesta por Luigi Ferrajoli, dentro del ámbito de la pena de prisión. De entre los rasgos conceptuales de dicha teoría, es necesario destacar el que se refiere al *principio de estricta legalidad*, conforme al cual el sistema punitivo debe impedir, de cualquier forma, el ejercicio desbordado del poder conferido a las instituciones encargadas de la impartición de justicia y, en consecuencia, de la imposición de la pena de prisión.

Derivado de ese planteamiento al cual nos hemos referido, las autoridades encargadas de imponer la pena de prisión, además de que no podrán exceder lo establecido en la ley correspondiente, deberán encaminar el ejercicio de sus atribuciones a la protección y respeto de los derechos conferidos a los individuos sobre los cuales recaiga dicha pena.

Tomando como punto de partida ideal la consideración de que el sistema punitivo cumple con lo establecido, es dable afirmar que los jueces no podrán realizar una interpretación arbitraria de las leyes penales, para lo cual se requiere que éstas sean claras, permitiendo así que el ejercicio de las facultades conferidas al juzgador se limiten simplemente a lo que en ellas se ha establecido.

Los límites al poder punitivo del Estado, en la Teoría del Garantismo Penal, se hacen materialmente posibles a través de la minimización del derecho penal. Esto es así, en tanto que la utilización excesiva del régimen penal del Estado, a través del incremento de las conductas susceptibles de penalización, deviene en la inobservancia al principio de última ratio, en virtud del cual la participación del aparato jurisdiccional en la aplicación de penas, en específico de la de prisión, debe darse, una vez agotados los demás recursos, como única opción.

En atención al *principio de estricta legalidad*, en el sentido en que fue formulado por Ferrajoli, un sistema penal será garantista si en su esquema normativo se reúnen los rasgos señalados, ya que el hecho de que se limite la intervención punitiva del Estado, implica que los delitos, sus penas y el procedimiento para juzgar a los inculcados, se encuentren claramente definidos, evitando por lo tanto cualquier margen de discrecionalidad por parte del Estado.

Si se atendiera únicamente a lo mencionado, podríamos afirmar sin duda alguna que, al contemplar nuestra Constitución a la prisión como una de las penas susceptibles de ser impuestas ante la comisión de determinados

delitos, y al haberle asignado como fin específico la readaptación social del delincuente, nuestro sistema posee un perfil garantista.

Esto sería así pues, desde el momento en el que a la pena de prisión se le confirió una orientación específicamente de reinserción social, se elimina por completo la posibilidad de que las autoridades facultadas para su imposición puedan darle una finalidad distinta a la establecida por la Carta Federal.

Sin embargo, es importante señalar que la imposición de la pena de prisión, como medio para conseguir la readaptación social o reinserción social de los sentenciados por un delito, es contradictoria desde el momento que se pretende resocializar al individuo mediante su aislamiento, pues no debemos olvidar que es al interior de las cárceles en donde la violencia aumenta, lo que implica que los efectos en la realidad sean contrarios a lo establecido en la Constitución y demás ordenamientos jurídicos.

En este sentido, debemos hacer alusión a lo que Ferrajoli consideró como la *teoría jurídica de la validez, así como de la efectividad*, dentro de la cual analizó la divergencia existente entre lo establecido en los modelos normativos y las prácticas operativas, divergencia que, en nuestro caso, ya no nos permite considerar al sistema jurídico como garantista.

Lo anterior se afirma, toda vez que como vimos en el capítulo 3, tanto en la Carta Magna como en los ordenamientos secundarios, entre ellos, la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación de Sentenciados y la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, se ha establecido como fin de la

pena de prisión la reinserción (readaptación) social del sentenciado, misma que en la realidad no se satisface.

Esto es así, pues en los ordenamientos jurídicos referidos, se establecieron como medios para lograr la citada reinserción (readaptación) social el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, pero no existe en la legislación secundaria ningún mecanismo real que permita garantizar el completo desarrollo de esas actividades y, por lo tanto la consecución del fin otorgado a la pena de prisión.

Lo anterior es así, ya que no se cuenta con los instrumentos prácticos suficientes para su cumplimiento y observancia. Esta ausencia de elementos de garantía y tutela no contribuye a considerar a la pena privativa de libertad como un instrumento eficaz que permita controlar la comisión de delitos pues, por el contrario, las condiciones de ejecución material de las penas resultan lesivas para el sentenciado por la injusticia y crueldad que supone el entorno penitenciario.

El hecho de que en las prisiones no se cuente con las condiciones idóneas para el desarrollo de esas actividades o medios con los que se pretende readaptar a quienes han delinquido, implica que prácticamente se les imposibilite el acceso a programas de educación y de carácter laboral, lo que deriva en el hecho de que al momento en que hayan cumplido la pena que se le hubiera impuesto, el individuo no cuente con las condiciones mínimas que les permitan reinsertarse a la vida en sociedad y, por el contrario, su acervo de medios delictivos le haga propicio el volver a delinquir.

A lo señalado debemos añadir como obstáculo para lograr la reinserción (readaptación), y por lo tanto para considerar a nuestro sistema punitivo como garantista, el hecho de que el otorgamiento de los beneficios de libertad anticipada se encuentra sujeto a criterios de carácter subjetivo de las autoridades encargadas de valorar el tratamiento. Lo anterior se agrava si se considera que las estructuras administrativas del Estado para otorgar esos beneficios se encuentran permeadas por un amplio margen de discrecionalidad, en el mejor de los casos, o de corrupción en el otro extremo.

En virtud de los elementos aportados a lo largo de la investigación, puede sostenerse que, atendiendo a los términos en que el régimen normativo penitenciario se encuentra integrado, hoy en día la pena de prisión no contribuye de forma alguna al logro de ese objetivo readaptador o resocializador. En este sentido, es conveniente destacar la necesaria congruencia entre dos extremos: si la sentencia es de duración excesiva, puede tener efectos perjudiciales que conducirán a la destrucción de la personalidad del reo, pero si es demasiado corta hará prácticamente imposible el tratamiento, pero será suficiente para que el individuo aprenda otras conductas criminales diferentes a las que realizó y en algunos casos, a las que en ningún momento desplegó.

Lo anterior puede ser consecuencia de diversos factores, tanto normativos como prácticos. No obstante, se estima que en lo sustancial dicha situación obedece al completo incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 18 de nuestro máximo ordenamiento en lo relativo a la separación de procesados y sentenciados, que debiera existir en los centros de reclusión.

Si tal disposición se llevara a la práctica, tendríamos un aspecto más que nos permitiría afirmar que estamos ante un sistema penal de carácter garantista, ya que atendiendo a los criterios propuestos por esa corriente sería factible decir que su propósito es el de no permitir el incremento de acciones delictivas. Este es un ejemplo de las disposiciones normativas que, aún recogidas en el nivel constitucional, carecen de referente práctico de cumplimiento, sin que ello se traduzca en un sentido social, ni institucional, de alarma por la inobservancia de la Constitución.

Cabe considerar que con la separación de procesados y de sentenciados se estaría impidiendo que, en el eventual supuesto de personas presumiblemente inocentes del delito por el cual se les acusa, reciban influencia de aquellas a quienes se les ha acreditado su responsabilidad en la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Podríamos señalar que esta imposibilidad, entre otras, es consecuencia del uso desmedido de la prisión preventiva, como medida cautelar pero que en la práctica se presenta como un medio de penalización inmediata, la cual no logra detener a la delincuencia sino que, por el contrario, exacerba la criminalidad y la incrementa, pues reproduce las prácticas de los delincuentes en el interior de las prisiones.

Ese uso desmedido del cual hemos hablado, implica otro problema de una magnitud aún más considerable, mismo que también impide que las cárceles cuenten con las condiciones necesarias para proporcionar a todos los internos el tratamiento encaminado a su readaptación o resocialización: la sobrepoblación penitenciaria.

El gran número de internos que constituye la población penitenciaria hace prácticamente imposible que el propio sistema reconozca y trate a cada uno de los reos en su especificidad, lo que impide que los procesos de resocialización sean efectivos y consideren, al igual que ocurrió al imponer la pena, las características particulares del delincuente y los aspectos de prevención y resocialización que tiendan a evitar nuevas conductas delictivas.

Derivado de todo lo hasta aquí mencionado podemos afirmar que, en el contexto del sistema penitenciario mexicano, la prisión hoy en día no puede considerarse como una pena racional, pues no genera ninguna utilidad, ni jurídica ni social, ya que las finalidades de desalentar a la delincuencia y resocializar a los sentenciados no reflejan verdaderos grados de consecución.

Por otra parte, si atendemos a los elementos de la *teoría jurídica de la validez y de la efectividad*, podemos desprender que la Teoría del Garantismo Penal, es idónea para revelar, sobre todo, el grado de ineffectividad del sistema penal, siendo por lo tanto una teoría relativa a la divergencia existente no sólo entre sistema normativo y realidad, sino además, entre derecho válido y derecho efectivo.

Así las cosas, no puede negarse que las disposiciones contenidas en toda nuestra legislación en materia penitenciaria, son válidas, pues han sido creadas atendiendo a ese procedimiento que para tal efecto ha establecido la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 72, sin embargo son ineffectivas pues, al no alcanzarse ese fin

conferido a la pena de prisión, la disminución de las prácticas criminales no existe.

Además, de la investigación quedó de manifiesto que existe una discordancia entre las previsiones legales del sistema penitenciario y los actos derivados de las instituciones ejecutoras de la pena. Tales discordancias no contribuyen en forma alguna para que dentro de las prisiones se respeten los derechos fundamentales de que son titulares, incluso, los internos. Mucho menos para que las prácticas cotidianas tiendan a concretar el respeto de los derechos de éstos, lo que es producto de la ausencia de mecanismos jurídicos de garantía.

Por el contrario, existen ciertas prácticas que dentro de las cárceles se desarrollan, y las cuales han sido adoptadas por los internos, mismas que contribuyen en algún grado a que su convivencia se encuentre regulada. Esas disposiciones han sido creadas por los mismos reclusos, por lo que no podríamos hablar de que sean jurídicamente válidas, en virtud de que su elaboración no observó el procedimiento que para ello establece nuestro máximo ordenamiento. Sin embargo, se trata de normas efectivas, toda vez que al interior de los centros de reclusión aportan estabilidad en las expectativas normativas de los internos, y generan un mínimo de estabilidad para la vida en prisión.

En todo caso, podemos reconocer que la Teoría del Garantismo Penal puede constituirse como una herramienta conceptual con elementos que permiten, al sistema jurídico penitenciario en su conjunto, racionalizar la aplicación de la pena de prisión y pugnar por una reducción del sistema

penal para aplicarlo sólo como última instancia en el proceso de atención y sanción de las conductas antijurídicas y culpables.

BIBLIOGRAFÍA

Andrés Martínez, Gerónimo Miguel. *Derecho Penitenciario (Federal y Estatal). Prisión y Control Social*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., México, 2007, 470 páginas.

Barros Leal, César. *Prisión. Crepúsculo de una era*. Editorial Porrúa, México, 2000, 169 páginas.

Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Trotta, España, 2004, 142 páginas.

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, España, 2005, 542 páginas.

Carrancá y Rivas, Raúl. *Derecho Penitenciario*, 4ª edición, Porrúa, México, 2005, 651 páginas.

Carranza, Elías, coordinador. *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. Respuestas posibles*. Siglo Veintiuno Editores, México, 2001, 337 páginas.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *"Informe especial sobre la situación de los centros de reclusión en el Distrito Federal"*, México, 2005, 348 páginas.

Del Pont, Luis Marco. *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Velasco Editores, S.A. de C.V., México, 1984, 750 páginas.

Diccionario El Pequeño Larousse en color, Ediciones Larousse, España, 1996, 1784 páginas.

Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2003, 1449 páginas.

Enriquez Rubio Hernández, Herlinda, *El pluralismo Jurídico Intracarcelario*, Porrúa, México, 2007, 254 páginas.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Trotta, España, Colección Estructuras y Procesos, 2004, 1019 páginas.

_____ *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 4ª edición, Trotta, España, Colección Estructuras y Procesos, 2004, 180 páginas.

_____ *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Colombia, 2000, 198 páginas.

-
- _____ *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, España, 2006, 132 páginas.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*, 34ª edición, Siglo Veintiuno Editores, México, 2005, 314 páginas.
- Gamboa de Trejo, Ana. *La Pena de Prisión (teoría y prevención)*, México, Biblioteca Universidad Veracruzana, 2005, 271 páginas.
- García García, Leticia. *Derecho Ejecutivo Penal. Análisis de la aplicación de la pena en México*, México, Editorial Porrúa, 2005, 295 páginas.
- Gómez Piedra, Rosendo. *La Judicialización Penitenciaria en México*. Porrúa, México, 2006, 144 páginas.
- González Placencia Luis. *Manual de Derechos Humanos del Interno en el Sistema Penitenciario Mexicano*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, 129 páginas.
- González Placencia Luis. *Política criminal y sociología del control penal*. Inacipe, México, 2006, 319 páginas.
- González Ruiz, Samuel. *El Sistema de Justicia Penal y su Reforma*, 2ª edición corregida, Fontamara, México, 2006, 758 páginas.
- Kent, Jorge. *La Resocialización de los Penados. Un desafío en el nuevo milenio*. Ad-Hoc, S.R.L., Buenos Aires, 1998, 96 páginas.

Mendoza Bremauntz, Emma. *Derecho Penitenciario*, Editorial Mc Graw Hill, México, 1998, 304 páginas.

Mir Puig, Santiago. *Estado, Pena y Delito*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, 446 páginas.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, Editorial Temis, S.A., Colombia, 2004, 132 páginas.

Oliveira de Barros Leal, César. *Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, 499 páginas.

Pavón Vasconcelos, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal*, 3ª edición, Porrúa, México, 2003, 1203 páginas.

Parrini Roses Rodrigo. *Panópticos y Laberintos. Subjetivación, deseo y corporalidad en una cárcel de hombres*. Colegio de México, México, 2007, 277 páginas.

Peláez Ferrusca, Mercedes. *Derechos de los internos del sistema penitenciario mexicano*. Cámara de Diputados LVIII Legislatura. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2000, 92 páginas.

Ramírez Delgado, Juan Manuel. *Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad*. 4ª edición, Porrúa, México, 2002, 318 páginas.

Rivera Beiras, Iñaki (coordinador), *Política criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, España, 2005, 494 páginas.

Rodríguez Manzanera, Luis. *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*. 3ª edición, Porrúa, México, 2004, 178 páginas.

Roldán Quiñones, Luis Fernando. *Reforma Penitenciaria Integral*, Porrúa, México, 1999, 268 páginas.

Sanz Mulas, Nieves. *Alternativas a la Prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, 837 páginas.

Serrano, José Luis. *Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Trotta, España, 1999, 130 páginas.

HEMEROGRAFÍA

Revista Renglones, Cárceles y Derechos Humanos en México, Zapopán, Jalisco, año 19, núms.. 58-59, noviembre de 2004- abril de 2005, 140 páginas.

NORMATIVIDAD NACIONAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal.

Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social.

ORDENAMIENTOS INTERNACIONALES

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas.

Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros.

Tratado entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de Honduras sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 2004.

Convenio Sobre Ejecución de Sentencias Penales entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República del Perú, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero 2004.

Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Nicaragua sobre la Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de junio de 2001.

Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Venezuela Sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 1998.

Tratado entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de Cuba sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 1997.

Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de El Salvador sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de marzo de 1995.

Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias

Penales, aprobado por el Senado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 1992.

Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Panamá sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de julio de 1980.

Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y Canadá sobre la Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1979.

Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre Ejecución de Sentencias Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de noviembre de 1977.

PÁGINA WEB

www.cd hdf.org.mx